Die Einrede des nichterfüllten Vertrages des § 320 Abs. 1 Satz 1 BGB. und das Zurückbehaltungsrecht des § 273 Abs. 1 BGB.

Ein Beitrag insbesondere zu den Begriffen der Gegenseitigkeit und der Konnexität

---

Dissertation

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Breslau

vorgelegt

von

Wolfgang Webel
Gerichtsreferendar
in Görlitz

Breslau 1933

Druck von R. Nischkowsky

Gedruckt mit Genehmigung der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Breslau

---

Berichterstatter: Professor Dr. H. A. Fischer

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen Eltern

in Dankbarkeit gewidmet!

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Einleitung . . . . . 1— 2

Hauptteil:

Die Einrede des nichterfüllten Vertrages des § 320 Abs. 1 Satz 1 BGB. und das Zurückbehaltungsrecht des § 273 Abs. 1 BGB. . . . . 2—72

A. Überblick über Werden und Wesen der in den §§ 273 (Abs. 1) und 320 (Abs. 1 Satz 1) BGB. geregelten Rechtsinstitute des Zurückbehaltungsrechtes und der Einrede des nichterfüllten Vertrages . . . . . 2—23

I. Geschichtliche Entwicklung . . . . . 2—15

1. Das römische Recht . . . . . 2—10
2. Das germanische und mittelalterlich-deutsche Recht 10—12
3. Das gemeine Recht . . . . . 12—13
4. Das preußische Allgemeine Landrecht . . . . 13—15

II. Einordnung in das Bürgerliche Gesetzbuch . . . . 15—16

III. Wesen . . . . . 16—22

1. Rechtliches Gewand . . . . . 16—19
2. Zweck . . . . . 19—21
3. Wirkung . . . . . 21—22

IV. Das Verhältnis zwischen § 273 (Abs. 1) BGB. und § 320 (Abs. 1 Satz 1) BGB. . . . . 22—23

B. Das Anwendungsgebiet der §§ 320 Abs. 1 Satz 1 und 273 Abs. 1 BGB. . . . . 24—72

I. Das Gebiet der Einrede des nichterfüllten Vertrages (§ 320 Abs. 1 Satz 1 BGB.) . . . . . 24—41

1. Der gegenseitige Vertrag als Grundvoraussetzung . 24—28
2. Das Ausstehen der Gegenleistung als weiteres Erfordernis . . . . . 28—37
3. Die Besonderheit der sog. natürlichen Verbindlichkeiten . . . . . 37—39
4. Der Ausschluß der Einrede . . . . . 39—41

II. Das Gebiet des Zurückbehaltungsrechtes (§ 273 Abs. 1 BGB.) . . . . . 42—72

1. Das Herrühren der beiderseitigen Ansprüche aus demselben rechtlichen Verhältnis (Konnexität) als Grundvoraussetzung . . . . . 42—67
2. Die Fälligkeit des Schuldneranspruchs als weiteres Erfordernis . . . . . 67—68
3. Die Besonderheit der sog. natürlichen Verbindlichkeiten 69
4. Der Ausschluß des Zurückbehaltungsrechtes . . . 70—72

Schluß: Rückblick 72

Literaturverzeichnis.

1. Adler = Die Leistungsverweigerung nach § 320 BGB. (Festschrift für Zitelmann, 1913)
2. Baron = Pandekten, 4. Aufl., 1882
3. Bechmann = Der Kauf nach Gemeinem Rechte, I. Teil (1876) u. III. Teil, 1. Hälfte (1905)
4. Brunner = Deutsche Rechtsgeschichte, II. Band, 2. Aufl., 1928
5. Cosack-Mitteis = Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 1. Band, 8. Aufl., 1927
6. Cramer = Bemerkungen über das s. g. Retentionsrecht (Archiv für die Civilistische Praxis, 37. Band, S. 305 ff., 415 ff.)
7. Crome = System des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 1. Band, 1900
8. Crome = Grundzüge des Römischen Privatrechts, 1920
9. Dernburg = Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens, 2. Band, 1. Abt., 3. Aufl., 1905
10. Dernburg = Geschichte und Theorie der Compensation, 2. Aufl., 1868
11. Dernburg = Pandekten, 2. Band, 7. Aufl., 1903
12. Endemann = Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 1. Band, 8. Aufl., 1903
13. Enneccerus-Lehmann = Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 2. Band, 11. Bearbeitung, 1930
14. Enneccerus-Nipperdey = Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 1. Band, 13. Bearbeitung, 1931
15. H. A. Fischer = Bereicherung und Schaden (Festschrift für Zitelmann, 1913)
16. Fischer-Henle = Bürgerliches Gesetzbuch, 12. Aufl., 1923
17. Förster-Eccius = Preußisches Privatrecht, 1. Band, 7. Aufl., 1896
18. Frank = Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 18. Aufl., 1931
19. v. Gierke = Deutsches Privatrecht, 3. Band, 1917
20. Goldschmidt = Handbuch des Handelsrechts, 1. Band, 2. Abt., 1868
21. Göschen = Vorlesungen über das gemeine Civilrecht, 2. Band, 2. Aufl., 1843
22. GruchBeitr. = Gruchot's Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts
23. Henle = Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, I., Allgem. Teil, 1926
24. JherJahrb. = Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts
25. JW. = Juristische Wochenschrift
26. Kisch = Die Wirkungen der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit der Erfüllung bei gegenseitigen Verträgen (O. Fischer's zwanglose Hefte, 7. Band, 2. Heft, 1900)
27. Kreß = Lehrbuch des Allgemeinen Schuldrechts, 1929
28. Kuhlenbeck = Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich, 1. Band, 2. Aufl., 1903
29. Laband = Zum zweiten Buch des Entwurfes eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, I. Abschnitt, Titel 1 bis 3 (Archiv für die Civilistische Praxis, 73. Band, S. 161 ff.)

30. Langfeld = Die Lehre vom Retentionsrecht nach gemeinem Recht, Rostock, 1886
31. Leonhard = Allgemeines Schuldrecht des BGB., 1929
32. LZ. = Leipziger Zeitschrift für deutsches Recht
33. Mot. = Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, 1888
34. Müller = Worin besteht der Schadensersatz wegen Nichterfüllung bei gegenseitigen Verträgen? („Recht" 1905 S. 545 ff.)
35. Nebelung = Das vertragsmäßige Zurückbehaltungsrecht nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch (Diss. Breslau 1926)
36. ObTribE. = Entscheidungen des Königlichen Ober-Tribunals
37. Oertmann = Bürgerliches Gesetzbuch, 2. Buch, 1. Abt., 1928
38. OHGE. = Entscheidungen des Reichs-Oberhandelsgerichts
39. OLGZ. = Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts
40. Planck-Siber = Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, II. Band, 1. Hälfte, 4. Aufl., 1914
41. Prot. = Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuches, 1897
42. Rech = Das Rechtsverhältnis. Ein Beitrag zur Lehre von der Konnexität und dem Zurückbehaltungsrecht (Diss. Bonn 1904)
43. „Recht" = Das Recht. Juristisches Zentralblatt für Praktiker
44. Regelsberger = Zur Lehre von der Wirkung der Anspruchsverjährung (JherJahrb. Bd. 41, S. 328 ff.)
45. Rehbein = Das Bürgerliche Gesetzbuch, II. Band, 1903
46. RGRK. = Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts, 1. Band, 6. Aufl., 1928
47. RGSt. = Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen
48. RGZ. = Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
49. Rieger = Das Zurückbehaltungsrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs (Diss. Tübingen 1901)
50. Schlegelberger = Das Zurückbehaltungsrecht (O. Fischer's zwanglose Hefte, 12. Bd., 1. Heft., 1904)
51. Schöller = Der Schadensersatz wegen Nichterfüllung bei gegenseitigen Verträgen nach dem BGB. (GruchBeitr. Bd. 44 S. 603 ff.)
52. SeuffArch. = J. A. Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten
53. Siber = Grundriß des deutschen Bürgerlichen Rechts, 2. Band, 1931
54. Soergel = Bürgerliches Gesetzbuch, 1. Band, 4. Aufl. 1929
55. Sohm-Mitteis-Wenger = Institutionen des Römischen Rechts, 17. Aufl., 1926
56. Stammler = Lehrbuch der Rechtsphilosophie, 3. Aufl.
57. Staudinger = Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, II. Band, 1. Teil, 9. Aufl., 1930
58. v. Thur = Der Allgemeine Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, 1. Band, 1910
59. Warneyer = Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, 1. Band, 1923
60. WarnEntsch. = Warneyers Jahrbuch der Entscheidungen
61. WarnRechtspr. = Warneyers Rechtsprechung des Reichsgerichts
62. Windscheid = Lehrbuch des Pandektenrechtes, II. Band, 8. Aufl., 1900
63. Zitelmann = Internationales Privatrecht, 2. Band, 1912

Einleitung.

Dem Schuldner ein Zurückbehaltungsrecht (im allgemeinsten Sinne) einräumen, heißt ihm gestatten, die geschuldete Leistung zu verweigern; zu verweigern indessen nicht für immer, vielmehr (was in dem „Verweigern" schlechter zum Ausdrucke gelangt als in dem „Zurückbehalten") nur auf begrenzte Zeit. Diese Zeitspanne zwischen Erwerb und Verlust des Zurückbehaltungsrechtes wird wie die Gewährung des Rechtes selbst insbesondere von folgendem Gesichtspunkte beherrscht: Wenn und solange der Schuldner gleichfalls einen Anspruch gegen den ihn belangenden Gläubiger hat, soll er berechtigt sein, die Vorleistung (i. S. einer Leistung vor Erbringen der aus diesem Anspruch geschuldeten Gegenleistung) zu verweigern. Dieses Anrecht des Schuldners darauf, daß er nicht gewissenhafter zu sein braucht als der ihm gleichfalls verschuldete Gegner, beruht auf dem Gedanken der Billigkeit.

Dieser allein indessen würde zu dem Ergebnis führen, daß der Schuldner leistungsverweigerungsberechtigt sein würde, wenn und solange ihm auch nur irgendein Anspruch gegen den fordernden Gläubiger zusteht. Dies aber hieße, eine beträchtliche Unsicherheit des Rechtsverkehrs schaffen: Müßte doch jeder Gläubiger bei Einforderung der Leistung damit rechnen, daß der Schuldner zwar leisten will, leisten indessen erst bei gleichzeitiger Befriedigung irgendeines Anspruches, der ihm wiederum gegen den Gläubiger zusteht und an den dieser bei Leistungseinforderung garnicht gedacht zu haben braucht. Damit würde eine der Grundlagen des geordneten Rechtsverkehrs erheblich gefährdet: die pünktliche Bewirkung der Leistungen. Das Bestreben, neben einem redlichen, d. h. auf billiger Grundlage beruhenden auch einen möglichst reibungslosen Geschäftsverkehr ins Leben zu rufen, ist aber zweiter Grund für die Schaffung eines Zurückbehaltungsrechtes. Liegt doch der Gedanke nicht fern, daß zwar in manchen Fällen die Inanspruchnahme dieses Rechtes hemmend auf die Abwicklung des Rechtsverkehrs einwirken, in der weitaus größeren Zahl der Fälle indessen die Gefahr seiner Geltendmachung durch den Schuldner den Gläubiger anspornen wird, auch seinen Verpflichtungen diesem gegenüber pünktlich nachzukommen. Dieser zweifellos erzieherische Gedanke des Zurückbehaltungsrechtes kann indessen nur in den Fällen einen Sinn haben, in denen der Gläubiger sich seiner Verpflichtungen gegenüber dem Schuldner bewußt ist bzw. in denen man ihm dieses Bewußtsein ohne unbillige Härte unterstellen kann. Das Zurückbehaltungs-

recht kann nur da billig und verkehrsfördernd zugleich wirken, wo es sich um Ansprüche des Schuldners handelt, die in so enger Beziehung zu den vom Gläubiger geltendgemachten Ansprüchen stehen, daß der Gläubiger sie — man möchte sagen — nicht vergessen kann, daß ihm zum wenigsten bei Erwerb seiner Ansprüche die Erinnerung an sie wiederkehrt oder aber ihm diese Erinnerung unterstellt werden kann.

Wann von derartigen engen Beziehungen gesprochen werden kann, wird sich im Verlaufe dieser Abhandlung erweisen.

Hauptteil.

Die Einrede des nichterfüllten Vertrages des § 320 Abs. 1 Satz 1 BGB. und das Zurückbehaltungsrecht des § 273 Abs. 1 BGB.

A. Überblick über Werden und Wesen der in den §§ 273 (Abs. 1) und 320 (Abs. 1 Satz 1) BGB. geregelten Rechtsinstitute des Zurückbehaltungsrechtes und der Einrede des nichterfüllten Vertrages.

Um eine Abgrenzung der §§ 320 Abs. 1 Satz 1 und 273 Abs. 1 BGB. vornehmen zu können, bedarf es zunächst eines Überblickes über das Werden und Wesen der in diesen Gesetzesstellen zum Ausdruck gelangten Rechtsinstitute der Einrede des nichterfüllten Vertrages und des Zurückbehaltungsrechtes.

Entgegen dem sonstigen Aufbau dieser Abhandlung [1]) wird diese Übersicht zweckmäßig in der Weise erfolgen, daß zunächst das (wie sich herausstellen wird, allgemeine) Zurückbehaltungsrecht und erst an zweiter Stelle die (besondere) Einrede des nichterfüllten Vertrages behandelt wird.

I. Geschichtliche Entwicklung.

1. Das römische Recht.

Ein Zurückbehaltungs (Retentions-) recht als Rechtsinstitut, ein „ius retentionis" war dem römischen Rechte unbekannt Erst in später Zeit wurde — um einem dringenden Bedürfnisse abzuhelfen — dem Schuldner in einzelnen gesetzlich fest umrissenen Fällen (z. B. D. 44 4. 5. pr., 47. 2. 59 (60)) gestattet, die eigene Leistung (grundsätzlich die Herausgabe einer Sache) einzubehalten. Wie sich indessen z. B. aus D. 16. 2. 20 mit Deut-

---

[1]) der der Regel „lex specialis derogat legi generali" folgt; s. S. 22, 23 d. Abh.

lichkeit ergibt, war dieses „Recht", die Leistung zu retinieren, einmal kein eigens ausgebildetes Recht, vielmehr („iure compensationis retinere", nicht: „ius compensatione retinendi"!) lediglich Auswirkung eines anderen Rechtes (hier des ius compensationis). Zum anderen muß aber auch — wie aus dem Beispiele des iure compensationis retinere ersichtlich — dieses retinere als sowohl zeitweiliges als auch endgültiges Nichtleisten angesehen werden, während für eine Zurückbehaltung die begrenzte Dauer wesentlich ist.

Gründet sich im Falle der Digestenstelle 16. 2. 20 die „Retentions"befugnis des Schuldners auf ein besonderes — bei den stricti iuris iudiciis gegebenes — ius compensationis, so in einer Reihe anderer Fälle [2]) (z. B. D. 10. 3. 14. 1) auf die dem ius compensationis wiederum zugrundeliegende [3]) exceptio doli (generalis oder praesentis). Der Prätor hat in dieser für den Fall der Richtigkeit der intentio eine „Ausnahme" von der Befugnis und Verpflichtung des iudex zur condemnatio geschaffen, einer Ausnahme derart, daß die condemnatio zu unterbleiben hat, wenn die Anstellung der Klage seitens des Gläubigers gegen Treu und Glauben (die bona fides) verstößt, also „dolos" ist. Ob dieser Verstoß gegen die bona fides wissentlich erfolgt oder aber als nur objektiv vorliegend anzusehen ist, macht hierbei keinen Unterschied [4]). Der dolus des Gläubigers wird in den angeführten Fällen darin erblickt, daß dieser — sei es wissentlich, sei es versehentlich — Ansprüche unter Nichtberücksichtigung bestimmter eng mit ihnen verknüpfter Gegenansprüche geltendmacht. Auch das römische Recht gewährt also dem Schuldner die Befugnis, unter Geltendmachung der exceptio doli die Leistung dem Gläubiger vorzuenthalten, nur in den Fällen, in denen zwischen Anspruch und Gegenanspruch ein enger Zusammenhang besteht, in denen — um den von der gemeinrechtlichen Lehre geprägten Ausdruck zu gebrauchen — zwischen ihnen Konnexität vorliegt. Von dem Erfordernisse der Konnexität hat das römische Recht in einem einzigen Falle abgesehen (Cod. VIII. 27 (26)): Dem Pfandgläubiger war gestattet, das Pfand, das er infolge Erlöschens der Schuld dem Verpfänder und Schuldner herauszugeben verpflichtet war, auch wegen solcher Forderungen an diesen zurückzubehalten, derentwegen es nicht bestellt worden war („etiam ob chirographariam pecuniam pignus teneri") [5]); wobei übrigens bestritten war, ob diese Bestimmung nur auf das freiwillige (pignus voluntarium) oder aber auch auf das notwendige Pfand (pignus necessarium = das durch richterliche Verfügung und das kraft unmittelbarer

---

2) — in denen sie übrigens oft (z. B. D. 20. 6. 1 pr.) auch ohne Gebrauch des Wortes retinere gewährt wird —

3) vgl. Dernburg, Compens. S. 168—199

4) Sohm-Mitteis-Wenger, Institut. § 117 S. 700, 708

5) Göschen, Vorl. üb. d. gem. Civr. II § 348 S. 376

Bestimmung eines Rechtssatzes entstandene Pf. [6]) Anwendung fände [7]).

Ist in einer Reihe von Fällen durch das Gesetz selbst auf die exceptio doli als Hilfsmittel verwiesen worden, so fußen indessen auf ihr auch diejenigen Stellen, die wegen der Konnexität der Ansprüche dem Schuldner eine Retentionsbefugnis einräumen, ohne hierbei der exceptio ausdrücklich Erwähnung zu tun (z. B. 47. 2. 59 (60), 47. 9. 8) [8]). Hierbei muß indessen bedacht werden, daß die römischen Quellen das Wort retinere und seine Ableitungsformen in einer ganzen Anzahl von Fällen in rein grammatischem Sinne gebrauchen [9]). In diesen Fällen darf dem retinere über eine tatsächliche Bezeichnung hinaus eine besondere juristische Bedeutung nicht zugemessen werden.

Das römische Recht ist also unter Ablehnung eines besonderen Rechtsinstitutes den zur Schaffung eines Zurückbehaltungsrechtes drängenden Gedanken insofern gerecht geworden, als es mittelbar für die wichtigsten Fälle eine Leistungsverweigerungsbefugnis geschaffen hat.

Soll es mit diesen groben Umrissen der kaum umstrittenen römisch-rechtlichen Vorgeschichte des § 273 (Abs. 1) BGB. sein Bewenden haben, so bedarf es, was den Werdegang des Rechtsinstitutes des § 320 (Abs. 1 Satz 1) BGB. anbelangt, einiger Worte mehr und eines weiteren Ausholens.

Wir sind gewöhnt, in einer „exceptio non adimpleti contractus" die römische Vorgängerin unserer Einrede des nichterfüllten Vertrages — oder besser, um nicht vorzugreifen: unseres Rechtes des Schuldners zur Leistungsverweigerung aus § 320 (Abs. 1 Satz 1) BGB. zu erblicken. Dieser „exceptio non adimpleti contractus" wohnt indessen — dies sei von vornherein hervorgehoben — eine recht beträchtliche Eigentümlichkeit bei, die nämlich, daß sie in den Quellen, jedenfalls in dieser Fassung, nirgends aufzufinden ist [10]). Ebenso sicher ist andererseits, daß im Rahmen gegenseitiger Verträge hier und da (z. B. D. 44. 4. 5. 4, Cod. VIII. 44 (45). 5) eine — wenn auch nicht näher bezeichnete — exceptio ausdrücklich angeführt wird. Um nicht in den Fehler zu verfallen, diese exceptio der bereits im Vorhergehenden erwähnten exceptio doli (generalis) schlechthin gleichzusetzen, nehmen wir zweckmäßig Veranlassung, einen Einblick in die Entwicklung des

---

[6]) Baron, Pandekten Vorbem. zu § 188 S. 298

[7]) Baron, Pandekten § 200 S. 314

[8]) Die Nichterwähnung der exceptio hat hier ihren Grund darin, daß sich die exceptio doli bei den bonae fidei negotia als diesen immanent darstellt

[9]) Schlegelberger, Zurückbehaltr. S. 3

[10]) So auch Leonhard, Allgem. Schuldr. d. BGB. § 161 S. 337; Bechmann, Kauf III 1 S. 201

gegenseitigen Vertrages im römischen Rechte und in die Lehrmeinungen über ihn zu gewinnen.

Wir haben hier folgende Unterscheidungen zu treffen:

1. Es erscheint nur zu selbstverständlich, daß das römische Recht eine innige und damit komplizierte Verknüpfung der beiderseitigen Ansprüche des gegenseitigen Vertrages („contractus bilateralis aequalis", die Bezeichnung „synallagmatischer Vertrag" ist gemeinrechtlichen Ursprungs), wie wir sie heute kennen, in seinen Anfängen nicht gekannt hat. Es hat vielmehr — wie sich aus Varro „De re rustica" II, 2, 6 (5) deutlich ergibt — zunächst, d. h. noch zu Beginn der Kaiserzeit, die sich gegenüberstehenden Ansprüche streng auseinandergehalten. Wird auf dieses Entwicklungsstadium der gegenseitigen Verträge insbesondere von Dernburg [11]) und Bechmann [12]) [13]) übereinstimmend hingewiesen, so gehen deren Meinungen insofern erheblich auseinander, als Dernburg [14]) den gegenseitigen Vertrag des frührömischen Rechts in „zwei selbständige Obligationsverhältnisse" zerfallen läßt [15]), Bechmann [16]) indessen — wenn auch ausdrücklich nur für den Kauf und für die Miete — die Geschlossenheit, den Ergänzungs-, Austauschcharakter des gegenseitigen Vertrages mit der für diese Zeit allerdings geltenden Maßgabe betont, daß die Geltendmachung des einen Vertragsanspruches völlig unabhängig von der des Gegenanspruches erfolgen kann.

Bechmann spricht sich damit — um uns der leicht verständlichen gemeinrechtlichen Terminologie zu bedienen — für die nach ihm von jeher vorliegende Notwendigkeit eines, dem gegenseitigen Vertrage begriffswesentlichen, sog. genetischen Synallagmas aus, während er Dernburg im übrigen zugibt, daß es an dem sog. funktionellen Synallagma in den Anfängen des römischen Rechtes gefehlt haben kann, ja sicherlich gefehlt hat. Unter dem genetischen Synallagma versteht er dabei — und hinsichtlich der bloßen Begriffsbestimmung beider Synallagmata herrscht Einigkeit der Lehrmeinungen — eine Verknüpfung, einen Austausch der beiderseitigen Leistungsversprechen [17]) derart, daß das eine Leistungsversprechen wirk-

---

11) Compens. S. 77

12) Kauf I S. 541, 542

13) weitere Nachweise bei Windscheid, Lehrb. d. Pandr. II § 321 Anm. 16

14) S. 77 a. a. O.

15) siehe auch die von Bechmann (Kauf I S. 16—18, 457 ff.) bekämpfte sog. Stipulations- (2 Stipulationen-) Theorie, auf die hier nicht näher eingegangen werden kann

16) S. 541, 544, 601 a. a. O.

17) Mit Rücksicht auf die sog. negotia claudicantia des römischen Rechtes, diejenigen Verträge, aus denen nur der beschränkt Geschäftsfähige, nicht aber auch der (voll geschäftsfähige) Gegner berechtigt wird, sehen wir zweckmäßig — um nicht, wie Crome (Grundz. d. röm. Privr. § 32 II 1) Ausnahmen konstruieren zu müssen — auf die Leistungsversprechen und nicht auf die Verpflichtungen

sam nur (*γίγνεσθαι* = werden, entstehen) zustandekommt, wenn auch das andere entsteht. Unter dem funktionellen Synallagma andererseits wird der Vollzug der beiden Leistungsversprechen, die Geltendmachung der aus ihnen herrührenden Ansprüche in Verfolgung des Austauschgedankens verstanden. Innerhalb dieses funktionellen Synallagmas unterscheidet Bechmann [18]) wiederum ein „auf unmittelbarer Rechtsvorschrift beruhendes, vom Parteiwillen unabhängiges" („Abhängigkeit der rechtlichen Wirksamkeit der einen Leistung vom Eintritt der Gegenleistung") objektiv-funktionelles und ein subjektiv-funktionelles Synallagma, das dem Willen der Parteien folgt. Diese Unterscheidung hat ihren Grund darin, daß Bechmann mit Rücksicht auf die Möglichkeit der negotia claudicantia [19]) das genetische Synallagma sich im bloßen Vertragsabschlusse (Gegensatz: in der Entstehung der aus diesem folgenden Verbindlichkeiten) erschöpfen läßt [20]) und somit noch ein Zwischenglied (objektiv-funktionelles Synallagma) für nötig erachtet. Wir wollen auf sie nicht näher eingehen, und das umsoweniger, als Bechmann selbst zugibt [21]), daß der Unterschied zwischen subjektiv- und objektiv-funktionellem Synallagma, „das im übrigen in der Überlieferung des römischen Rechtes ganz zurücktrete", kaum herauszufinden sei.

Für unsere Untersuchung der Entstehungsgeschichte der „exceptio non adimpleti contractus" kann das oben gekennzeichnete Entwicklungsstadium des gegenseitigen Vertrages einen positiven Anhalt nicht liefern: Muß doch von vornherein einleuchten, daß, solange der gegenseitige Vertrag ohne jedes funktionelle Synallagma bestanden hat — mag ihm nun das genetische Synallagma zu dieser Zeit bereits innegewohnt haben oder nicht — an ein nur der Geltendmachung eines Anspruches gegenüber denkbares, dem gegenseitigen Vertrage eigenes Gegenrecht, eine „exceptio non adimpleti contractus" nicht gedacht werden kann.

2. Wie gezeigt, hat das römische Recht noch bis in die Kaiserzeit hinein die beiderseitigen Ansprüche des gegenseitigen Vertrages jedenfalls in Bezug auf ihre Geltendmachung scharf voneinander geschieden — so also, daß jeder Teil die gegnerische Leistung selbständig, ohne Berücksichtigung der eigenen Verpflichtung und ohne Besorgnis einer das eigene Begehren beeinträchtigenden Geltendmachung des gegnerischen Anspruches hat fordern können. Im Verlaufe seiner Entwicklung aber — bei nunmehr sicherlich vorliegendem genetischen Synallagma — hat es im Interesse einer gerechten Behandlung der Austauschpartner (genetisches Synallagma!)

---

18) Kauf I S. 568, 576
19) s. S. 5 Anm. 17 d. Abh.
20) S. 542 a. a. O.
21) S. 581 a. a. O.

auch auf eine Abwicklungsmöglichkeit des Vertragsverhältnisses in Verfolgung des Austauschgedankens dringen müssen und gedrungen, m. a. W. das funktionelle Synallagma schaffen müssen und geschaffen. Hier ist es wiederum der Prätor gewesen, der — in dem Bestreben, das ius strictum in ein ius aequum zu überführen — zunächst bei den Auktionen der Wechsler (argentarii) dem Käufer eine exceptio dahin gegeben hat, die Zahlung des Kaufpreises bis zur Lieferung der verkauften Sache zu verweigern (siehe Gai. Inst. IV § 126 a [22]). Diese exceptio, die in der Folgezeit jedem Käufer — aber auch nur diesem — gegenüber der Kaufpreisklage gewährt worden ist (vgl. D. 19. 1. 25, 44. 4. 5. 4, Cod. VIII. 44 (45). 5) darf allgemein als exceptio mercis non traditae (D. 44. 4. 5. 4) bezeichnet werden. Sie stellt sich — durch ein besonders dringendes Bedürfnis, das stete Mißtrauen des Römers gegen die Wechsler, vorzeitig ins Leben gerufen — als lediglich für das Gebiet des Kaufes geltende Vorläuferin der gleichfalls vom Prätor geschaffenen exceptio doli (generalis) dar.

Obwohl die exceptio mercis non traditae des Käufers in allen sie betreffenden Stellen (vgl. die vorgenannten Beispiele!) als exceptio ausdrücklich bezeichnet ist, wird ihre [23]) Einredeeigenschaft vielfach bestritten. So wollen insbesondere Keller [24]), Schenck [25]), Treitschke [26]) und Sintenis [27]) in ihr keine Einrede, kein Gegenrecht des Beklagten, vielmehr eine Leugnung des Klaggrundes erblicken, während auf der anderen Seite insbesondere Windscheid [28]), Dernburg [29]), Bechmann [30]), Heerwart [31]), Puchta [32]) und Bekker [33]) die Einredeeigenschaft betonen. Ohne daß im einzelnen auf diesen Streit der Lehrmeinungen eingegangen werden kann — es soll in diesem geschichtlichen Abschnitte ja nur ein Überblick über die Vorgeschichte der §§ 273 (Abs. 1) und 320 (Abs. 1 Satz 1) BGB. gegeben werden, wie auch nach den Lehrmeinungen hin die für die spätere Entwicklung bedeutsamsten Fragen ja nur herausgestellt werden sollen —, sei nur kurz folgendes bemerkt:

---

22) vgl. Crome, Grundz. d. röm. Privr. § 32 Anm. 13

23) d. h. allgemein die der „exceptio non adimpleti contractus", die aber von beiden nachfolgend angeführten Lehrmeinungen offensichtlich als die exceptio mercis non traditae umfassend angesehen wird. Im Folgenden soll nur von der e. m. n. tr. geredet werden

24) Jahrb. d. gem. Rechts Bd. IV S. 337 ff. und Lehrb. § 242

25) Arch. f. d. Civil. Prax. Bd. XVII S. 93 ff., 202 ff.

26) Arch. f. d. Civil. Prax. Bd. XXII S. 278 ff., 422 ff.

27) Lehrb. II § 97

28) Lehrb. d. Pandr. II § 321

29) Pandekten II § 20, Compens. S. 63—71

30) Kauf I S. 568 ff.

31) Arch. f. d. Civil. Prax. Bd. VII S. 335 ff., Bd. XIV S. 206 ff., Bd. XVIII S. 387 ff.

32) Jahrb. d. gem. Rechts Bd. V S. 94 ff.

33) Jahrb. d. gem. Rechts Bd. V S. 116 ff.

Die Ansicht derer, die die Einredeeigenschaft der exceptio mercis non traditae leugnen, setzt sich — gleich, aus welchen Gründen — darüber hinweg, daß diese exceptio in den Quellen an den auf sie bezüglichen Stellen eben als exceptio ausdrücklich bezeichnet ist. Sie beruht im übrigen — dies gilt insbesondere gegenüber Keller — auf einer falschen Auffassung des funktionellen Synallagmas des gegenseitigen Vertrages. Während beide vorgenannten Lehrmeinungen übereinstimmend das Wesen des funktionellen Synallagmas in der Verfolgung des (zunächst im genetischen Synallagma verwurzelten) Austauschgedankens erblicken, liegt ihr Unterschied im folgenden: Die „Einrede-Theorie" glaubt dem Austauschgedanken damit Genüge zu leisten, daß sie den einen Vertragsteil des gegenseitigen Vertragsverhältnisses — für das Gebiet der exceptio mercis non traditae also den Verkäufer — unbeschränkt die Gegenleistung fordern läßt, dem in Anspruch genommenen Vertragsgegner (Käufer) indessen nunmehr das Recht zugesteht, auch seinen Gegenanspruch (Anspruch auf Lieferung der Ware) hervorzukehren, ihm durch Erhebung der Einrede (exceptio mercis non traditae) Nachdruck zu verleihen. Die „Einwendungs-Theorie" indessen geht darüber hinaus davon aus, daß jeder Vertragsteil (für die exceptio mercis non traditae kommt nur der Verkäufer in Betracht) von vornherein einen Anspruch nicht auf die gegnerische Leistung schlechthin, vielmehr nur im Austausch gegen die eigene Leistung hat [34]). Sie erblickt daher in dem Fordern der Gegenleistung ohne gleichzeitige Erbringung oder jedenfalls gleichzeitiges Angebot der eigenen Leistung eine Zuvielforderung, die nicht im Wege der Einrede, vielmehr der Einwendung (Leugnung des Klaggrundes) aus dem Felde zu schlagen sei. Abgesehen davon, daß sie sich über den klaren Wortlaut der Quellen hinwegsetzt, ist die Gedankenfolge dieser Theorie mit der ja auch herrschenden „Einrede-Theorie" schon deswegen abzulehnen, weil es im höchsten Grade unwahrscheinlich erscheint, daß das römische Recht, das die Ansprüche des gegenseitigen Vertrages jedenfalls in ihrer Geltendmachung zunächst völlig getrennt behandelt hat, hernach — ohne jeden ersichtlichen Grund — eine so enge Verknüpfung der Ansprüche vorgenommen haben sollte. Es liegt garnicht einmal der Gedanke fern, daß sich die „Einwendungs-Theorie" bei der Untersuchung des Charakters der exceptio mercis non traditae, fälschlich, Gedankengänge zu eigen gemacht hat, denen bei der Kompensation zweifellos innere Berechtigung beiwohnt, daß sie insbesondere den Gedanken des „Ipso iure

---

34) Die völlig extreme, insbesondere von Liebe („Stipulation" S. 284) und Gans („Obligationenrecht" S. 108) vertretene Auffassung, dem gegenseitigen Vertrage entspränge nur eine einzige Obligation, die aus einem Gemisch von Ansprüchen und Gegenansprüchen bestehe, sei nur der Vollständigkeit halber erwähnt

compensatur", auf Grund dessen die ohne Berücksichtigung der Gegenforderung erhobene Forderung als Zuvielforderung erscheint, übernommen hat. Der Vergleich mit der Kompensation, die bei all ihrer Verschiedenheit in Voraussetzungen und Wirkungen jedenfalls in ihren Grundgedanken wie im Hinblick auf ihre historische Entwicklung [35]) mit der hier in Rede stehenden exceptio mercis non traditae (wie mit der nachzubehandelnden exceptio doli generalis) nahe verwandt ist, liegt zwar nicht sehr fern. Doch muß mit aller Entschiedenheit betont werden, daß die für die Aufrechnung mit ihrem Austausch der Leistungswerte (Gleichartigkeit der Leistungen!) passenden Gesichtspunkte auf den gegenseitigen Vertrag mit seinem Austausch (in der Regel) verschiedenartiger Leistungen (Leistungsversprechen) nicht schlechthin übertragen werden dürfen.

Stellen wir uns somit auf den Standpunkt, daß es im römischen Rechte eine exceptio mercis non traditae (als eine echte Einrede) gegeben hat, so bleibt immer noch die Frage offen, wo der Entstehungsgrund der uns so geläufigen „exceptio non adimpleti contractus" zu finden ist. Da wir in den Quellen — das sei nochmals hervorgehoben — nirgends eine so bezeichnete exceptio finden, bleibt nur folgende Lösung: Es ist bereits darauf hingewiesen worden, daß zu einer Zeit, in der von einer Gewährung der exceptio doli (generalis) seitens des Prätors noch nicht hat die Rede sein können, ausschließlich dem Käufer durch den Prätor eine besondere exceptio, die exceptio mercis non traditae, gewährt worden ist. So sicher es ist, daß zunächst dem Verkäufer eine entsprechende exceptio nicht zur Seite gestanden hat — die Quellen führen eine solche nirgends an — so unzweifelhaft ist es andererseits, daß der Prätor in späterer Zeit — ob bereits in der Zeit zwischen Varro und Gaius [36]) oder erst zu Lebzeiten des Gaius' [37]), sei dahingestellt — auch dem Verkäufer eine exceptio zugestanden hat [38]). Wenn wir diese exceptio des Verkäufers in den Quellen nirgends ausdrücklich als exceptio bezeichnet finden, so kann dies zu

---

35) Die Kompensation hat überraschend ähnliche Entwicklungsstadien durchgemacht wie der gegenseitige Vertrag in der Auswirkung seiner Wechselbeziehungen:
1. keine Kompensation (vgl. Dernburg, Compens. S. 15 ff.),
2. Kompensation gegenüber Klagen der Wechsler (!) (vgl. Dernburg, Compens. S. 22),
3. Kompensation (allgemein) vermittels in der Form eines besonderen ius compensationis ausdrücklich gewährter exceptio doli bei den stricti iuris negotia, vermittels den bonae fidei negotia innewohnender exceptio doli bei diesen,
4. „Ipso iure compensatur" (nach dem Obigen Alleingut der Kompensation!).

36) so Bechmann, Kauf I S. 573 auf Grund Gai. Inst. IV § 126 a

37) so Dernburg, Compens. S. 68—70, gleichfalls auf Grund Gai. Inst. IV § 126 a

38) vgl. Dernburg, Compens. S. 68—70

dieser Zeit nicht mehr wundernehmen: Handelt es sich doch bei ihr um nichts anderes als um die normale exceptio doli (generalis), die als den bonae fidei negotia — zu diesen gehören die gegenseitigen Verträge ohne Ausnahme — immanent einer ausdrücklichen Erwähnung nicht bedarf, an deren Einredeeigenschaft aber gleichwohl nicht der geringste Zweifel bestehen kann und bestanden hat. Aus dem Bestreben heraus, die damit durchaus gleichberechtigten exceptiones (exceptio mercis non traditae, exceptio doli generalis) unter einen Sammelbegriff zu bringen, aber hat nunmehr die Wissenschaft für beide Einreden einen gemeinsamen Namen „exceptio non adimpleti contractus" geprägt und weiterhin auch die im Rahmen anderer gegenseitiger Verträge gegebenen Einreden – die dort auf beiden Seiten nichts anderes als die exceptio doli generalis darstellen — so benannt!

2. Das germanische und mittelalterlich-deutsche Recht.

Im Gegensatze zum römischen kannte das alte deutsche Recht ein bereits eigens ausgeprägtes Zurückbehaltungsrecht. Man geht deshalb wohl nicht fehl in der Behauptung, daß unser heutiges Zurückbehaltungsrecht — trotz erheblicher Abweichungen — germanischen Ursprungs ist [39]).

Das alte deutsche Zurückbehaltungsrecht unterschied sich von dem des römischen Rechtes grundlegend dadurch, daß es dinglicher Natur war, ein in der „Gewere" liegendes Verteidigungsmittel darstellte [40]). „Die Defensivwirkung der offenkundigen gegenwärtigen Gewere schränkte die Offensivwirkung der früheren Gewere derart ein, daß der Anspruch des früheren Gewereinhabers auf Rückgewähr zu einem Anspruch auf Lösung herabsank [41]). Beachtlich ist hierbei das Erfordernis der Offenkundigkeit, das den in der Einleitung zu dieser Abhandlung [42]) vorgetragenen Gedanken (Kenntnis usw. des Gläubigers vom Gegenrechte) deutlich enthält. Die früheste Erscheinungsform des altdeutschen Zurückbehaltungsrechtes finden wir in dem sog. Schüttungsrechte der alten Volksrechte [43]). Dieses gestattete dem Eigentümer von Grund und Boden, fremdes übergetretenes Vieh (nach ursprünglicher Tötungsbefugnis) zu „schütten", d. h. bis zur Vergütung des angerichteten Schadens sowie der verauslagten Futterkosten einzuschließen. Wie aus

---

[39]) Überzeugender Nachweis bei Schlegelberger, Zurückbehaltr. S. 12 ff.

[40]) v. Gierke, Deutsch. Privr. III § 176 S. 105

[41]) Schlegelberger, Zurückbehaltr. S. 21, 22

[42]) s. S. 1, 2 d. Abh.

[43]) Schlegelberger, Zurückbehaltr. S. 20; Brunner, Deutsch. Rechtsgesch. II § 124 S. 698 ff.

diesem Schüttungsrechte ersichtlich, gab das altdeutsche Recht dem Inhaber der Gewere demnach ein Zurückbehaltungsrecht nicht nur wegen Aufwendungsersatz-, vielmehr auch wegen Schadensersatzansprüchen, die sich auf die zurückbehaltene Sache bezogen. Ja, es konnten auch Bußansprüche im Wege der Zurückbehaltung geltendgemacht werden, wie dies insbesondere bei der sog. Landnahmebuße der Fall war [44]). Mit der dinglichen Natur des altdeutschen Zurückbehaltungsrechtes nur scheinbar im Widerspruche stehen die häufig in den Quellen auftauchenden Fälle, in denen dem Schuldner als zurückhaltbare Leistung nicht die Herausgabe einer Sache, sondern eine andere Leistung wie die des Zehnten oder des Frondienstes oblag. Wie Schlegelberger [45]) zutreffend bemerkt, sind diese Verpflichtungen des Schuldners zu Gegenständen gleichzustellenden Bestandteilen des Gläubigervermögens geworden. Einforderung dieser Leistungen durch den Gläubiger bedeutete dem altdeutschen Rechtsempfinden daher nichts anderes als Einforderung einer Sache durch den früheren Gewereinhaber.

Gewährte das römische Recht dem Schuldner eine Zurückbehaltungsbefugnis (mittelbar) nur in Ausnahmefällen, so war das altdeutsche Recht — ohne sich deshalb von der kasuistischen Handhabung freizumachen — freigebiger. Den Gefahren, die sich aus dieser Erweiterung des Kreises der Fälle ergaben, in denen dem Inhaber der Gewere ein Zurückbehaltungsrecht eingeräumt wurde, suchte das altdeutsche Recht dadurch zu begegnen, daß es das Zurückbehaltungsrecht dann ausdrücklich ausschloß, wenn die Natur des Rechtsverhältnisses seiner Geltendmachung entgegenstand. Die Ausübung des Zurükbehaltungsrechtes war namentlich in den Fällen unzulässig, in denen die Treupflicht die vorbehaltlose Leistung erheischte [46]).

Recht interessant ist — um nunmehr zur deutschrechtlichen Vorgeschichte unseres § 320 (Abs. 1 Satz 1) BGB. überzugehen — die germanische und mittelalterlich-deutsche Auffassung des gegenseitigen Vertrages. Was wir für das Gebiet des römischen Rechtes abgelehnt hatten [47]) — eine Abhängigkeit des einen Anspruches vom anderen dergestalt, daß jeder Vertragsteil den ihm zustehenden Anspruch von vornherein überhaupt nur bei gleichzeitiger Bewirkung oder jedenfalls gleichzeitigem Angebot der eigenen Leistung geltendmachen kann — hat für das deutsche Recht, das demnach eine weit strengere Auffassung des gegenseitigen Vertrages vertreten hat, volle Geltung. Hier hat die Vorstellung überwogen [48]), daß

---

44) Näheres hierüber bei Schlegelberger, Zurückbehaltr. S. 43
45) S. 45, 46 a. a. O.
46) v. Gierke, Deutsch. Privr. III § 176 S. 106
47) s. S. 8, 9 d. Abh.
48) vgl. v. Gierke, Deutsch. Privr. III § 184 S. 294 ff.

die beiderseitigen Verpflichtungen Bestandteile eines einheitlichen Vertrages und in dem Sinne innerlich zusammengehörig seien, daß jeder Anspruch nicht nur in seiner Entstehung („genetisches" Synallagma, das dem des römischen Rechtes grundsätzlich entspricht), vielmehr auch in seiner Durchsetzung („funktionelles Synallagma") von der des Gegenanspruches abhängig sei. Jeder Vertragsteil des gegenseitigen Vertragsverhältnisses hat nach deutschem Rechte einen Anspruch auf die Leistung nur, wenn er seinerseits bereits geleistet hat, gleichzeitig leistet oder jedenfalls seine Leistung anbietet. Eine Klage auf Leistung schlechthin ist demnach unbegründet und verfällt der Abweisung, ohne daß es einer Entgegensetzung des Gegenanspruches seitens des Beklagten bedarf.

Ein der „exceptio non adimpleti contractus" des römischen Rechtes entsprechendes Institut war dem deutschen Rechte somit unbekannt. Dagegen stand im frühesten germanischen Rechte — das den gegenseitigen Vertrag als Realvertrag auffaßte, u. zw. so, daß aus ihm von jedem Teile überhaupt erst auf Grund des Empfanges der Leistung des anderen Teiles gehaftet wurde — jedem Vertragsteile, solange noch von keiner Seite erfüllt war, ein Reurecht und dem Vertragsteile, der bereits erfüllt hatte, ein Rücktrittsrecht wegen Nichterfüllung seitens des anderen Teiles zu [49]).

3. Das gemeine Recht.

Das gemeine Recht gab zugunsten der römischen Auffassung die deutschrechtliche Behandlung des Zurückbehaltungsrechtes als eines dinglichen Rechtes auf [50]). Es folgte dem deutschen Rechte aber insofern, als es in dem Zurückbehaltungsrechte (Retentionsrechte) des Schuldners ein Recht aus eigener Kraft erblickte [51]), ohne freilich den in der römischen exceptio doli zum Ausdruck gelangten Gedanken „Treu und Glauben" fallen zu lassen; ein Recht aus eigener Kraft indessen, das der kasuistischen Behandlung ebenso unterworfen war wie das Zurückbehaltungsrecht des altdeutschen Rechts, das aber auch wie dieses in einer gegenüber der römischen Retentionsbefugnis erhöhten Zahl von Fällen gewährt wurde.

Die Schaffung eines Retentionsrechtes eigenen Charakters hatte notwendig zur Folge, daß das gemeine Recht zwischen Retentions- und Kompensationsrecht einen — dem römischen Rechte fremden — deutlichen Trennungsstrich zog. Auch insofern versuchte die gemeinrechtliche Lehre ein System in die einzelnen Anwendungsfälle des Zurückbehaltungsrechtes zu

---

[49]) v. Gierke, Deutsch. Privr. III § 184 Anm. 63
[50]) v. Gierke, Deutsch. Privr. III § 176 S. 105
[51]) bestr., vgl. Förster-Eccius, Preuß. Privr. I § 110 S. 749

bringen, als sie den aus dem römischen Rechte entnommenen Begriff der Konnexität, der diesem nur im Einzelfalle vorgeschwebt hatte, wissenschaftlich zu interpretieren begann. Besonderer Erwähnung bedürfen hier die Göttinger Dissertation Boehmers (1777) „De iure retentionis eiusque effectu", die Abhandlung Cramers (1854) [52]) und die Lehre Goldschmidts (1868) [53]). Liegt das Verdienst Boehmers darin, daß er die einzelnen Konnexitätsfälle wenigstens in drei Konnexitätskategorien unterzubringen verstand [54]), so ging Cramer insofern einen bedeutungsvollen Schritt weiter, als er Konnexität dann als gegeben ansah, wenn die beiderseitigen Ansprüche sich auf „dasselbe Rechtsverhältnis" bezögen oder stützten [55]). Cramer prägte somit einen einheitlichen Konnexitätsbegriff, ohne allerdings darzutun, was er unter „demselben Rechtsverhältnis" verstände. Die nähere Ausgestaltung dieser Cramer'schen Lehre ließ sich nunmehr Goldschmidt [56]) angelegen sein, der sich auch insofern dessen Ansicht [57]) anschloß, als er die Retention nicht nur von Sachen, vielmehr auch von Leistungen jeder Art als zulässig betrachtete [58]). Die Lehre Goldschmidts wird ihrer Bedeutung für den Konnexitätsbegriff des BGB. wegen in dem speziell mit der Konnexität sich befassenden Abschnitte dieser Abhandlung [59]) erörtert werden.

Was weiterhin die „exceptio non adimpleti contractus" anbelangt, so gelten in Bezug auf sie für das gemeine Recht keine Besonderheiten. Es sei daher auf die im römischrechtlichen Abschnitte [60]) gemachten Ausführungen verwiesen. Auch im Gebiete des gemeinen Rechtes war — dies allein soll hier hervorgehoben werden — eine so bezeichnete exceptio unbekannt [61]).

4. Das preußische Allgemeine Landrecht.

Von den das gemeine Recht ersetzenden Landesrechten ist für den Standpunkt des BGB. von besonderer Bedeutung das preußische Allgemeine Landrecht [62]). War für das gemeine Recht die Selbständigkeit des Retentionsrechtes noch zuweilen bestritten, so läßt die Behandlung des Zurückbehaltungsrechtes

---

52) Arch. f. d. Civil. Prax. Bd. XXXVII S. 305 ff., 415 ff.
53) Handb. d. Handelsr. I 2 § 94
54) Näheres hierüber bei Schlegelberger, Zurückbehaltr. S. 5, 6
55) S. 320 a. a. O.
56) § 94 3 a. a. O.
57) S. 415 a. a. O.
58) § 94 Anm. 6 a. a. O.
59) s. S. 42—67 d. Abh.
60) s. S. 4—10 d. Abh.
61) vgl. OHGE. Bd. XVII S. 353
62) Das sächs. BGB. (§§ 767—769) folgt im wesentlichen dem ALR., während das österr. AGB. ein Z. gänzlich ablehnt (§§ 336, 474)

im ALR. (I. 20. 536 ff.) an seiner Eigenart keinen Zweifel mehr zu. Hat sich somit das Zurückbehaltungsrecht des ALR. äußerlich endgültig von der römischen exceptio doli losgesagt, so muß doch — wie für das gemeine Recht — darauf hingewiesen werden, daß sich das ALR. von dem in dieser verkörperten Gedanken „Treu und Glauben" weder freimachen konnte noch wollte.

Das ALR. kommt in seiner Behandlung des Zurückbehaltungsrechtes dem BGB. insofern sehr nahe, als es — bei seinem sonstigen Aufbau verwunderlich — den Standpunkt der Kasuistik aufgegeben und auf der Grundlage eines allgemeinen Konnexitätsbegriffes (I. 20. 539, 543) ein allgemeines Zurückbehaltungsrecht (I. 20. 536) geschaffen hat. Das Zurückbehaltungsrecht des ALR. unterscheidet sich indessen von dem des BGB. in einem sehr wesentlichen Punkte: Es steht (als persönliches Recht) nur dem Inhaber einer fremden Sache[63]) zu, demgegenüber ein (dinglicher) Herausgabeanspruch geltendgemacht wird („selbige so lange in seiner Gewahrsam zu halten, bis er wegen seiner Gegenforderung befriedigt worden")[64]).

Vertragsleistungen „hält man nach ALR. bis zur Gegenleistung zurück, indem man nicht leistet"[65]). Daß dieses aus I. 5. 271 a. a. O. sich ergebende Recht des Schuldners zur Leistungsverweigerung indessen keine Einrede[66]) (insbesondere nicht die „exceptio non adimpleti contractus", die demnach auch dem ALR. fremd war) darstellt, ergibt sich klar aus der Fassung des Gesetzes. Dieses fordert — in Verfolgung des deutschrechtlichen Gedankens[67])! — zur Begründung der Klage den Nachweis des Gläubigers, „daß er demselben" (also gegenseitigen Vertrage!) „von seiner Seite ein Genüge geleistet habe oder warum er dazu erst in der Folge verbunden sei" und gestaltet damit die Leistungsverweigerung des Schuldners zur Leugnung des Klaggrundes.

Auf die weiteren Besonderheiten des preußischen Zurückbehaltungsrechtes, insbesondere das Erfordernis der Bescheinigung der im Wege der Zurückbehaltung geltend zu machenden Forderung (I. 20. 541 a. a. O.), braucht hier nicht eingegangen zu werden.

Kommt das ALR. demnach in seiner Behandlung des Zurückbehaltungsrechtes dem BGB. sehr nahe, so kennt es doch einen

---

[63]) Auf die Frage, inwieweit dem I. 20. 542 a. a. O. entgegenzustehen scheint, kann hier nicht eingegangen werden. Ausführliches hierüber bei Förster-Eccius, Preuß. Privr. I § 110 S. 751, 752; vgl. auch ObTribE. Bd. 70 S. 184

[64]) I. 20. 536 a. a. O.

[65]) Förster-Eccius, Preuß. Privr. I § 110 S. 750; vgl. auch OHGE. Bd. XXI S. 34

[66]) so auch Förster-Eccius, Preuß. Privr. I § 83 S. 491

[67]) s. S. 11, 12 d. Abh.

Schutz des Schuldners in den Fällen nicht, in denen dieser schuldrechtlich in Anspruch genommen einen Anspruch gegen den Gläubiger hat, der zwar nicht Gegenanspruch aus einem gegenseitigen Vertrage, wohl aber immerhin konnexer Gegenanspruch ist.

II. Einordnung in das Bürgerliche Gesetzbuch.

Bei Abfassung des Bürgerlichen Gesetzbuches stand man vor der Frage, ob man — dem römischen, altdeutschen und gemeinen Rechte folgend — das Zurückbehaltungsrecht kasuistisch regeln oder aber — in Anlehnung an das preußische Allgemeine Landrecht — über seine Voraussetzungen und Wirkungen allgemeine Bestimmungen treffen sollte. Wie aus den Motiven [68]) zum Entwurfe des Bürgerlichen Gesetzbuches ersichtlich, schied für den Gesetzgeber die kasuistische Regelung bei näherer Betrachtung als umständlich und unvollkommen aus. War man somit zu dem Standpunkt gelangt, daß allein eine generelle Behandlung des Zurückbehaltungsrechtes durchführbar sei und den in stetem Wechsel befindlichen Bedürfnissen des Verkehrs Rechnung tragen könne, so hielt man es für mit dem Gedanken einer generellen Regelung durchaus vereinbar, daß die außergewöhnliche Gestaltung einzelner dem Gesetzgeber vorschwebender Fälle diesen auch eine gesetzliche Ausnahmeregelung zukommen lassen müsse.

Aus diesen Erwägungen heraus fand das Zurückbehaltungsrecht seinen Eingang in das Bürgerliche Gesetzbuch und die allgemeine Regelung seiner Voraussetzungen in dessen § 273 Abs. 1, der ein Sammelbecken für die Normalfälle darstellen sollte. Für das Gebiet der gegenseitigen Verträge schuf der Gesetzgeber unter Berücksichtigung ihres ganz besonderen Charakters eine Sondervorschrift im § 320 BGB. Bei Behandlung des wichtigen, besonders gearteten kaufmännischen Zurückbehaltungsrechtes in den §§ 369 ff. HGB. sah das BGB. noch Veranlassung, an einzelnen über sein ganzes Gebiet verstreuten Stellen — so insbesondere in den §§ 175, 556 Abs. 2; 273 Abs. 2, 1000 (972, 2022) — Sondervorschriften aufzustellen, die sich auf ein echtes Zurückbehaltungsrecht beziehen. Über diesen Hinweis hinaus muß die Frage, welche weiteren Fälle der Gewährung eines echten Zurückbehaltungsrechtes dem BGB. etwa noch bekannt sind, im Rahmen einer Abhandlung, die sich ausdrücklich auf die Fälle der §§ 273 Abs. 1 und 320 Abs. 1 Satz 1 BGB. beschränkt, unbeantwortet bleiben.

Für das Thema muß dagegen einmal die Frage von Interesse sein, welche konstruktive Stellung dem § 320 BGB gegenüber dem § 273 BGB. zukommt: eine Frage, auf die in einem be-

---

[68]) Mot. II S. 41

sonderen Abschnitte der Abhandlung [69]) eingegangen werden wird. Zum anderen ist aber auch eine Prüfung der Frage geboten, inwieweit bei Bestehen des allgemein gehaltenen § 273 Abs. 1 BGB. andere (ein echtes Zurückbehaltungsrecht behandelnde) Stellen als die zweifellos gerechtfertigten §§ 175, 176 und 320 BGB. überhaupt noch eine Existenzberechtigung haben; gedacht ist hierbei vor allem an die §§ 273 Abs. 2, 1000 BGB. Diese Frage gehört insofern in den Rahmen der gewählten Aufgabe, als sie für den Konnexitätsbegriff des Bürgerlichen Gesetzbuches recht bedeutsam ist. Sie wird daher in dem speziell die Konnexität behandelnden Abschnitte der Abhandlung zu erörtern sein [70]).

III. Wesen.

1. Rechtliches Gewand.

Gemäß § 273 Abs. 1 BGB. „kann" der Schuldner die geschuldete Leistung verweigern, bis die ihm gebührende Leistung bewirkt ist. Vielleicht hat diese Fassung des Gesetzes — das zweckmäßiger wohl von einem „ist berechtigt" gesprochen hätte — zu der Behauptung Oertmanns [71]) beigetragen, dem Schuldner sei hiermit kein selbständiges subjektives Recht eingeräumt, vielmehr in Gestalt einer Einrede — lediglich eine besondere Form für die Geltendmachung anderer Rechte zur Verfügung gestellt worden. Diese Formulierung ist mißverständlich. Denn mit der Leugnung eines selbständigen subjektiven Rechtes will Oertmann offensichtlich allein den Charakter der Einrede hervorheben, auf das Vorliegen einer sog. unselbständigen Einrede — bei der die Einredemöglichkeit erst aus dem Zustehen eines eigenen subjektiven Rechtes des Einredeberechtigten erwächst [72]) — hinweisen, nicht indessen auch behaupten, daß die Einrede (i. S. des BGB.) nicht unter den Begriff der subjektiven Rechte fallen könne. Daran, daß die Einrede des Zurückbehaltungsrechtes eine unselbständige Einrede im vorbezeichneten Sinne darstellt, kann kein Zweifel bestehen: Ist doch bereits in der Einleitung zu dieser Abhandlung [73]) hervorgehoben worden, daß Entstehung wie Fortbestand des Zurückbehaltungsrechtes davon abhängig sind, daß auch dem in Anspruch genommenen Schuldner wiederum ein Anspruch (und damit ein subjektives Recht) gegen den Gläubiger zusteht. Mit seiner Formulierung setzt Oertmann sich aber der Gefahr aus, dahin verstanden zu werden, daß er die

---

[69]) A. IV (S. 22, 23)
[70]) s. S. 66, 67 d. Abh.
[71]) BGB. II 1 § 273 5 a
[72]) vgl. Henle, Lehrb. d. BR. I S. 356; v. Thur. Allgem. Teil I § 17 S. 299
[73]) s. S. 1, 2 d. Abh.

Aufnahme des Zurückbehaltungsrechtes in das BGB. als eigenes Rechtsinstitut nicht anerkenne. Dies aber hieße, die geschichtliche Entwicklung des Zurückbehaltungsrechtes unberücksichtigt lassen, das spätestens in das ALR. als selbständiges subjektives Recht aufgenommen [74]) und vom BGB. — wie dies vor allem aus den Motiven [75]) hervorgeht — sicherlich nicht zurückgebildet worden ist. Soweit Oertmann das Vorliegen einer Einrede annimmt, steht er durchaus auf dem Boden der herrschenden Meinung [76]). Alle anderslautenden Definitionen können und wollen die Richtigkeit der herrschenden Ansicht, die eine starke Stütze in der Ausdrucksweise des Gesetzes selbst (§ 202 Abs. 2 BGB.) findet, nicht in Zweifel ziehen. So spricht z. B. die bisweilen [77]) vertretene Auffassung, das Zurückbehaltungsrecht sei ein „Recht des rechtlichen Könnens", diesem die Eigenschaft einer Einrede keineswegs ab, bilden doch diese „Rechte des rechtlichen Könnens" im Zitelmann'schen Sinne [78]) wie die Gegenrechte Cromes [79]) den Oberbegriff zu den Einreden (i. S. des BGB.) [80]).

Ist somit das Vorliegen einer — unselbständigen — Einrede zu bejahen, so fragt es sich nur noch, welcher Art diese Einrede im übrigen ist. Die Fassung des Gesetzes selbst („verweigern, bis . . .") sowie die Einordnung in den § 202 Abs. 2 BGB. zeigt, daß das Zurückbehaltungsrecht eine verzögerliche Einrede darstellt, eine verzögerliche Einrede indessen, deren Eigenart darin besteht, daß ihre Geltendmachung nicht zur Klagabweisung, vielmehr zur Verurteilung zur Erfüllung Zug um Zug (§ 274 Abs. 1 BGB.) führt. Diese Besonderheit des Zurückbehaltungsrechtes, die darin besteht, daß seine Geltendmachung die Durchsetzung des Anspruches nicht eigentlich hemmt, vielmehr „den Gegner lediglich zwingt, sein gegenwärtiges Anspruchsbegehren zu modifizieren", hat Planck [81]) dazu veranlaßt, das Zurückbehaltungsrecht als „anspruchändernde" Einrede zu bezeichnen.

Was für das rechtliche Gewand des Zurückbehaltungsrechtes gilt, hat auch für die Einrede des nichterfüllten Vertrages des § 320 Abs. 1 Satz 1 BGB. Geltung: Auch sie ist ver-

---

[74]) s. S. 13, 14 d. Abh.

[75]) s. S. 15 d. Abh.

[76]) so z. B. Planck-Siber II 1 § 273 1 b, Staudinger II 1 § 273 II 1, RGRK. I § 273 1 b

[77]) z. B. von Nebelung, D. vertragsm. Zurückbehaltr. S. 15

[78]) Internat. Privr. II S. 45

[79]) Syst. d. Deutsch. BR. I § 34 S. 177

[80]) Der Einwand Oertmanns (BGB. II 1 § 273 5 a), die Geltendmachung des Z. bewirke ja keine anderweite Gestaltung des Rechtsverhältnisses, ist unbegründet: Durch die Geltendmachung des Z. wird doch das Zug-um-Zug-Verhältnis geschaffen! Vgl. auch Nebelung, D. vertragsm. Zurückbehaltr. S. 16

[81]) (= Siber) II 1 § 273 1 c. Vgl. auch Endemann, Lehrb. d. BR. I § 126 Anm. 21; Siber, Grundr. d. deutsch. BR. II § 19 S. 69

zögerliche („bis zur Bewirkung der Gegenleistung verweigern") Einrede. Auch sie stellt insofern eine verzögerliche Einrede besonderer Art dar, als auch ihre Geltendmachung nicht zur Klagabweisung, vielmehr zur Verurteilung zur Erfüllung Zug um Zug (§ 322 Abs. 1 BGB.) führt; auch sie ist daher „anspruchändernde" Einrede im Planck'schen Sinne.

Wird die Einredeeigenschaft des Zurückbehaltungsrechtes nirgends in Zweifel gezogen, so ist sie für die Einrede des nichterfüllten Vertrages — entgegen der Bezeichnung des Gesetzes selbst: § 202 Abs. 2 BGB.! — vereinzelt geleugnet worden. So will insbesondere Leonhard [82]) in ihr ein Leugnen des Klaggrundes erblicken. Diese Lehre Leonhards ist indessen zu verwerfen. Leonhard gelangt zu seinem Ergebnis unter Hinweis darauf, daß bei Erhebung der „Einrede" des nichterfüllten Vertrages seitens des Beklagten die Beweislast hinsichtlich der Gegenseitigkeit und der Vertragserfüllung den Kläger treffen müsse. Diese durch dringende Gründe der Billigkeit geforderte Beweislastregelung entspricht durchaus derjenigen der herrschenden Lehre [83]). Diese gelangt insofern zu dem gleichen Ergebnis, als sie darlegt, daß die Einrede des nichterfüllten Vertrages sich ja aus dem vom Kläger behaupteten (gegenseitigen) Vertrage von selbst ergäbe und daher keines Beweises seitens des Beklagten bedürfe; daß es nunmehr Sache des Klägers sei, das Vorbringen des Beklagten im Wege der Replik zu entkräften. Aus der richtigen Erkenntnis heraus, daß die Beweislast dem Kläger aufzubürden ist, versucht Leonhard seine These, wie folgt, zu begründen: Er betont zunächst mit Recht, daß jede Einrede einen besonderen, vom Klagegrunde verschiedenen Tatbestand haben müsse. Dies aber sei bei der „Einrede" des nichterfüllten Vertrages nicht der Fall. Der Beklagte berufe sich hier lediglich auf die Gegenseitigkeit des Vertrages und die Nichterfüllung, und diese Fragen gehörten beide schon zum Klagegrunde. In der Behauptung, die Erfüllung des Vertrages gehöre zum Klagegrunde, liegt aber der Fehler. Leonhard macht sich — zu Unrecht — den im ALR. I. 5. 271 zum Ausdruck gelangten Gedanken zu eigen, wo zur Begründung der Klage vom Gläubiger der Nachweis entweder der Erfüllung oder aber der Vorleistungspflicht des Schuldners gefordert wird [84]). Diese strenge Auffassung des gegenseitigen Vertragsverhältnisses hat indessen in das BGB. keinen Eingang gefunden. Nach dem BGB. gehört die Erfüllung seitens des Klägers keineswegs zum Klagegrunde und geht die funktionelle Abhängigkeit der

---

[82]) Allgem. Schuldr. d. BGB. § 161 S. 338 ff.

[83]) so z. B. Planck-Siber II 1 § 320 5 i. V. m. § 322 1; Staudinger II 1 § 320 I 2b aa; Oertmann, BGB. II 1 § 320 2; Enneccerus-Lehmann, Lehrb. d. BR. II § 33 I 2; RGRK. I § 320 8

[84]) s. S. 14 d. Abh.

Leistung von der Gegenleistung keineswegs so weit, daß die Gegenleistung nur unter Angebot der eigenen Leistung gefordert werden könnte [85]). Vielmehr ist jeder Teil berechtigt, die ihm gebührende Leistung selbständig einzufordern, und es ist Sache des Gegners, die Zug-um-Zug-Erfüllung durch Erhebung der Einrede des nichterfüllten Vertrages herbeizuführen. Aus welchen Gründen dem Beklagten die Beweislast hinsichtlich dieser Einrede abgenommen bzw. der Beweis als von ihm bereits geführt angesehen wird, ist eine zweite Frage, die nicht zum Ausgangspunkte der Betrachtung genommen werden darf. Leonhard gelangt zu seinem abzulehnenden Ergebnis offensichtlich dadurch, daß er den Klagegrund aus der Beweislastfrage und nicht — wie richtig — die Beweislastfrage aus dem Klagegrunde herleitet.

2. Zweck.

Auch über den Zweck des Zurückbehaltungsrechtes und der Einrede des nichterfüllten Vertrages sind die Meinungen recht geteilt. Zunächst lassen allerdings schon die Motive [86]) keinen Zweifel darüber zu, daß das Zurückbehaltungsrecht des § 273 BGB. — anders als das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht der §§ 369—372 HGB. — kein Mittel zur Befriedigung darstellen soll. Zweifel bestehen indessen hinsichtlich der Frage, ob das Zurückbehaltungsrecht lediglich Sicherungszwecke verfolgen soll oder aber darüber hinaus als Zwangsmittel gedacht ist. Eine Entscheidung läßt sich hier leider aus dem Wortlaute der Motive nicht fällen. Sprechen diese doch einmal [87]) davon, daß „das Zurückbehaltungsrecht vorzugsweise zur Sicherung und als Zwangsmittel diene" und lassen zum anderen [88]) das Retentionsrecht „nur zum Zwecke der Sicherung des Gegenanspruchs" bestehen. Da auch die Protokolle [89]) davon sprechen, daß das Zurückbehaltungsrecht „wesentlich als Sicherungs- und Zwangsmittel dienen solle", ist der Streit über den Zweck des Zurückbehaltungsrechtes verständlich. Während auf der einen Seite [90]) betont wird, daß das Zurückbehaltungsrecht lediglich Sicherungszwecke verfolge, behauptet die Gegenseite [91]), es solle über ein Sicherungsmittel hinaus auch ein Zwangsmittel zur Durchsetzung des Schuldneranspruches darstellen. Da von den Vertretern der ersten Ansicht keineswegs geleugnet wird, daß das Zurückbehaltungsrecht tatsächlich in

---

85) vgl. Staudinger II 1 § 320 I 2; Kuhlenbeck, BGB. I § 320 1
86) Mot. II S. 42
87) Mot. II S. 42
88) Mot. II S. 43
89) Prot. I S. 311
90) vor allem von Schlegelberger, Zurückbehaltr. S. 103, 104; Siber, Grundr. d. deutsch. BR. II § 19 S. 69
91) vor allem Planck-Siber II 1 § 273 1 a; Endemann, Lehrb. d. BR. I § 126 3; aber wohl auch Staudinger II 1 § 273 II 2 b

der Mehrzahl der Fälle zum mittelbaren Zwangsmittel wird, kann es nur auf die Frage ankommen, ob das Zurückbehaltungsrecht auch nach dem Willen des Gesetzgebers ein Zwangsmittel darstellen soll. Dies aber ist mit Schlegelberger [92]) für das Zurückbehaltungsrecht des § 273 BGB. unbedingt zu verneinen. Schlegelberger macht mit Recht darauf aufmerksam, daß an ein Zwangsmittel vor allem deshalb ernsthaft nicht gedacht worden sein könne, weil man dem Gläubiger ja im § 273 Abs. 3 BGB. nachgelassen habe, die Ausübung des Zurückbehaltungsrechtes durch Sicherheitsleistung [93]) abzuwenden. Damit kann der Gläubiger zweifellos stets dem auf seine Leistung gerichteten Zwange entgehen. Rehbein [94]) leugnet zwar, daß dem Gläubiger die Abwendung des Zurückbehaltungsrechtes durch Sicherheitsleistung stets möglich sei, behauptet vielmehr, die Sicherheitsleistung sei im Falle der Unstreitigkeit der Schuldnerforderung ausgeschlossen, doch ist diese seine Ansicht als jeglicher Begründung entbehrend abzulehnen. Es vermögen auch die von Planck [95]) gegen Schlegelberger vorgebrachten Gründe nicht zu überzeugen. Planck versucht den treffenden Hinweis Schlegelbergers auf § 273 Abs. 3 BGB. durch den Einwand zu entkräften, daß der Gläubiger, wenn nicht dem Zwange zur Erfüllung, so jedenfalls dem zur Sicherstellung unterläge; insofern läge allerdings auch hier ein Zwangsmittel vor. Hierin ist Planck zweifellos Recht zu geben. Doch kommt es für unsere Untersuchung nicht darauf an, ob das Zurückbehaltungsrecht ein Zwangsmittel zur Sicherstellung darstellt, vielmehr lediglich darauf, ob es als Zwangsmittel zur Durchsetzung des ihm zugrundeliegenden Anspruchs selbst gedacht ist. Dies aber ist auch von Planck nicht nachgewiesen worden.

Die gleichen Gesichtspunkte gelten für die Einrede des nichterfüllten Vertrages des § 320 BGB.: Auch sie dient keinem Befriedigungszwecke. Sie muß dagegen aus oben erwähnten Gründen über ein Sicherungsmittel hinaus als ein (vom Gesetzgeber gewolltes) Zwangsmittel angesehen werden, da ihre Abwendung im Wege der Sicherheitsleistung durch § 320 Abs. 1 Satz 3 BGB. ausdrücklich ausgeschlossen ist. Der Grund für diese Besserstellung des Einredeberechtigten aus § 320 BGB. gegenüber dem aus § 273 BGB. ist einleuchtend: Bei dem immerhin lockeren Verhältnis, das zwischen den Parteien des § 273 BGB. besteht, bedeutet es einen schon recht weitgehenden Schutz des Schuldners, wenn ihm der Wert der Gegenleistung gesichert wird. Das enge gegenseitige, auf den Austausch der

---

92) S. 103 a. a. O.

93) Bloßes Angebot der Sicherheitsleistung ist noch keine Sicherheitsleistung! Vgl. JW. 1915 S. 221

94) BGB. II Nr. 82 S. 96, 97

95) (= Siber) II 1 § 273 1 a

Leistungen gerichtete Vertragsverhältnis des § 320 BGB. erfordert aber eine erheblich strengere Regelung. Hier kann dem Schuldner nicht zugemutet werden, sich u. U. mit dem Werte der Gegenleistung zufrieden zu geben, hier muß er die vertragsmäßige Leistung als solche fordern können. Sicherheitsleistung für die Leistung kann hier die Leistung selbst nicht auch nur annähernd ersetzen.

3. Wirkung.

Am wenigsten Streit herrscht über die Wirkung des Zurückbehaltungsrechtes und der Einrede des nichterfüllten Vertrages. Materiellrechtlich verhindert die Geltendmachung des — nur persönlich, nie dinglich wirkenden [96]) — Zurückbehaltungsrechtes den Eintritt des Schuldnerverzuges. Aber eben auch nur seine Geltendmachung: Denn einmal kann bei dem verhältnismäßig losen Zusammenhang der Ansprüche des § 273 BGB. die Kenntnis des Grundes der Zurückbehaltung beim Gläubiger nicht immer vorausgesetzt werden. Zum anderen muß aber auch die Kundgabe seitens des Schuldners schon deshalb gefordert werden, weil nur durch sie der Gläubiger in die Lage versetzt wird, von seinem Rechte der Sicherheitsleistung Gebrauch zu machen [97]).

Anders ist für die Einrede des nichterfüllten Vertrages zu entscheiden [98]), deren bloßes Bestehen somit schon den Schuldnerverzug ausschließt: Zufolge des Gegenüberstehens der Ansprüche des § 320 BGB. als unmittelbarer Gegenansprüche muß hier beim Gläubiger Klarheit darüber herrschen, weshalb der Schuldner die Gegenleistung zurückhält. Andererseits ist dem Gläubiger im § 320 BGB. das Recht der Sicherheitsleistung versagt, sodaß Nichtkundgabe der Inanspruchnahme des Leistungsverweigerungsrechtes seitens des Schuldners für den Gläubiger auch einen Verlust dieser Möglichkeit nicht bedeuten kann.

Wird auf der einen Seite durch die Geltendmachung (bzw. schon das Bestehen) des Zurückbehaltungsrechtes und der Einrede des nichterfüllten Vertrages der Eintritt des Schuldnerverzuges verhindert, so hemmt andererseits deren Geltendmachung die Verjährung des Gläubigeranspruches aus verständlichen Gründen nicht (§ 202 Abs. 2 BGB.): Der Gläubiger soll nicht nur berechtigt, sondern darüber hinaus gehalten sein, diese Einreden zu beseitigen!

---

[96]) Staudinger II 1 § 273 II 1; RGZ. Bd. 68 S. 282
[97]) RGRK. I § 273 3; vgl. auch SeuffArch. Bd. 80 Nr. 28
[98]) vgl. „Recht" 1926 Nr. 1932, 2415, SeuffArch. Bd. 79 Nr. 144

Prozessual hat die Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechtes wie der Einrede des nichterfüllten Vertrages die Wirkung, daß nicht auf Klagabweisung, vielmehr auf Verurteilung zur Erfüllung Zug um Zug erkannt wird (§§ 274 Abs. 1, 322 Abs. 1 BGB.): Eine Regelung, die aus dem Gedanken heraus zu verstehen ist, daß es unzweckmäßig wäre, den nur zufolge der begründeten Einrede des Schuldners mit der Klage abzuweisenden Gläubiger auf eine nochmalige Klageerhebung (bei nunmehr vorherigem Angebot der eigenen Leistung) zu verweisen. Beide Einreden sind jedoch als echte Einreden nur auf Parteivorbringen hin, niemals aber von Amts wegen zu berücksichtigen [99]). Dabei kann in dem bloßen Klagabweisungsantrage eine Geltendmachung der Einrede nicht erblickt werden [100]).

IV. Das Verhältnis zwischen § 273 (Abs. 1) BGB. und § 320 (Abs. 1 Satz 1) BGB.

Die Untersuchung über das Wesen der in den §§ 273 und 320 BGB. zum Ausdruck gelangten Rechtsinstitute hat ergeben, daß diese — ganz abgesehen von der völligen Verschiedenheit ihrer Voraussetzungen — in Bezug auf Zweck und Wirkung beträchtliche Abweichungen aufweisen. Diese Unterschiede haben zu einem lebhaften Streit über das Verhältnis der beiden Rechtsinstitute zueinander und damit auch über die konstruktive Stellung des § 320 BGB. gegenüber dem § 273 BGB. Anlaß gegeben. So behauptet die eine Seite [101]), aus den erheblichen Abweichungen in Voraussetzungen, Zweck und Wirkung ergäbe sich bei Heranziehung des § 202 Abs. 2 BGB. mit seiner Nebeneinanderstellung die Notwendigkeit, Zurückbehaltungsrecht und Einrede des nichterfüllten Vertrages nicht nur in ihrer Anwendung streng auseinanderzuhalten, sondern auch ihre begriffliche Verschiedenheit hervorzukehren. Die herrschende Meinung [102]) dagegen bemüht sich, statt des Gegensatzes die Verwandtschaft zwischen Zurückbehaltungsrecht und Einrede des nichterfüllten Vertrages darzulegen. Sie weist mit Recht auf den § 320 Abs. 1 Satz 3 BGB. hin, dessen Einfügung der Gesetzgeber nur in Erkenntnis der zwischen den §§ 273 und 320 BGB. bestehenden Verwandtschaft habe für notwendig erachten können. Dieser Hinweis dürfte beachtlicher sein als der gegnerische auf

---

[99]) vgl. Staudinger II 1 § 273 III; Oertmann, BGB. II 1 § 273 5 a; JW. 1911 S. 536

[100]) Soergel, BGB. I § 273 I 3

[101]) insbesondere Schlegelberger, Zurückbehaltr. S. 101, 148; Leonhard, Allgem. Schuldr. d. BGB. § 117 S. 257; früher auch Staudinger

[102]) so z. B. Staudinger II 1 § 320 I 2 b aa; Planck-Siber II 1 § 273 I b; Enneccerus-Lehmann, Lehrb. d. BR. II § 33 I Anm. 5; Kreß, Lehrb. d. Allgem. Schuldr. § 22 S. 576

§ 202 Abs. 2 BGB. Läßt sich doch die Fassung des § 202 Abs. 2 BGB. leicht daraus erklären, daß die Einrede des nichterfüllten Vertrages für den Gesetzgeber bereits terminus technicus geworden war, und der Gesetzgeber sie als solchen eigens hat aufführen wollen, ohne sich hierbei über ihr Verhältnis zum Zurückbehaltungsrechte Gedanken zu machen. Der herrschenden Meinung ist aber auch deshalb beizutreten, weil Zurückbehaltungsrecht wie Einrede des nichterfüllten Vertrages als gleiche Grundlage den — schon in der römischen exceptio doli zum Ausdruck gelangten — Gesichtspunkt der Billigkeit („Treu und Glauben") aufweisen. Zur Feststellung einer Verwandtschaft zweier Rechtsinstitute muß aber die Gleichheit der Grundidee genügen, mag diese auch eine verschiedene Ausgestaltung erfahren haben. Mit Rücksicht darauf, daß die Einrede des nichterfüllten Vertrages einmal dem Schuldner nur unter erheblich strengeren Voraussetzungen gewährt wird als das Zurückbehaltungsrecht, andererseits aber auch den Gläubiger härter zu treffen geeignet ist als dieses, dürfte die Einrede des nichterfüllten Vertrages am treffendsten als ein nach Voraussetzung und Wirkung hin verschärftes Zurückbehaltungsrecht[103]) bezeichnet werden.

Wie die §§ 320—327 BGB. in ihrer Gesamtheit leges speciales gegenüber den allgemeinen Vorschriften über die Schuldverhältnisse darstellen, so bildet auch ihr § 320 notwendig die lex specialis gegenüber der lex generalis des § 273 BGB. mit der Folge, daß zunächst die lex specialis — und nur sie! — Anwendung findet, der lex generalis dagegen immerhin die Rolle der Lückenbüßerin zuzuweisen ist („lex specialis derogat legi generali"). Hierzu sei jedoch bemerkt — dies gilt zunächst für die §§ 320—327 BGB. allgemein —, daß auch für das Gebiet der gegenseitigen Verträge noch zahlreiche Sondervorschriften bestehen[104]), die als wiederum speziellere Normen die ihnen gegenüber allgemeineren der §§ 320—327 BGB. zunächst ausschließen. So gelten z. B. für die Gefahrtragung beim Werkvertrage zunächst die §§ 644, 645 BGB. und nur subsidiär die Vorschriften der §§ 320 ff. BGB., wie auch für das außerordentliche Kündigungsrecht des Dienstvertrages zunächst der § 626 BGB. zur Anwendung gelangt, die §§ 320 ff. BGB. aber immerhin subsidiäre Geltung haben (so verbleibt es z. B. im letzten Falle bei der Anwendung des § 323 BGB.)[105]). Dem § 320 BGB. insbesondere gegenüber stellen z. B. die Vorschriften der §§ 551, 614 BGB. ihn zunächst ausschließende leges speciales dar[106]).

---

[103]) Oertmann, BGB. II 1 § 320 3

[104]) so vor allem für die Gesellschaft, deren Eigenschaft als gegenseitiger Vertrag übrigens bestritten ist

[105]) Staudinger II 1 Vorbem. 3 zu § 320

[106]) s. S. 40 d. Abh.

B. Das Anwendungsgebiet der §§ 320 Abs. 1 Satz 1 und 273 Abs. 1 BGB.

I. Das Gebiet der Einrede des nichterfüllten Vertrages (§ 320 Abs. 1 Satz 1 BGB.).

1. Der gegenseitige Vertrag als Grundvoraussetzung.

„Wer aus einem gegenseitigen Vertrage verpflichtet ist, kann die ihm obliegende Leistung (d. h. die Leistung, die er an sich zu bewirken hat) „bis . . . verweigern". Wie soeben dargelegt, gehört die Vorschrift des § 320 Abs. 1 Satz 1 BGB. in die Reihe der in den §§ 320—327 BGB. getroffenen Spezialbestimmungen. Wie aus der Titel- und Buchüberschrift ersichtlich, regeln diese §§ 320—327 BGB. das Sondergebiet der gegenseitigen, u. zw. der schuldrechtlich-gegenseitigen Verträge. Grunderfordernis für die Anwendbarkeit des § 320 Abs. 1 Satz 1 BGB. ist somit das Vorliegen eines schuldrechtlich-gegenseitigen Vertrages. Wann aber liegt ein solcher gegenseitiger Vertrag vor? Von einem gegenseitigen (synallagmatischen) Vertrage sprechen wir dann [107]), wenn sich (grundsätzlich) zwei Parteien im Wege des Vertragsschlusses dem jeweils anderen Teile gegenüber in der Weise zu Gläubigern und Schuldnern zugleich machen, daß jede Vertragspartei ihre Verpflichtung nur wegen bzw. zum Zwecke einer gegnerischen Verpflichtung eingeht; wenn die Kontrahenten sich derart zu Leistungen [108]) verpflichten, daß die Leistung des einen Teiles gegen die des anderen Teiles ausgetauscht werden, deren „Äquivalent" bilden soll. Für diesen Äquivalenzgedanken ist dabei weniger die objektive Gleichwertigkeit der Leistungen als vielmehr (subjektiv) die Absicht der Parteien maßgeblich, im Austauschwege eine in ihren Augen (mindestens) gleichwertige Leistung zu erhalten [109]).

Dieses wechselseitige Abhängigkeitsverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung findet seinen Ausdruck einmal in dem sog. genetischen Synallagma. Unter diesem versteht man auch nach geltendem bürgerlichen Rechte nicht (wie bisweilen ungenau behauptet [110])) einen Zusammenhang der beiden Verpflichtungen derart, daß das Erlöschen der einen Verbindlichkeit das der anderen nach sich zieht [111]), vielmehr — wie im

---

[107]) vgl. auch S. 5—10, 11, 12, 13, 14 d. Abh.

[108]) die zweifellos auch in Leistungen an einen Dritten bestehen können, es sei denn, daß nur der Dritte, nicht aber auch der Vertragsgegner berechtigt wird; vgl. Warneyer I § 320 I, RGZ. Bd. 65 S. 47, 48

[109]) GruchBeitr. Bd. 67 S. 560, 561

[110]) z. B. Leonhard, Allgem. Schuldr. d. BGB. § 160 S. 336

[111]) dies ist eine aus dem sog. funktionellen Synallagma sich ergebende Wirkung (s. u.!)

römischen, altdeutschen und gemeinen Rechte [112]) — eine Abhängigkeit der beiden dergestalt, daß die Entstehung der einen Verbindlichkeit von der der anderen abhängig ist. Daß man das genetische Synallagma nicht im erstgenannten Sinne auffassen darf, ergibt sich klar aus dem § 324 BGB., der die Verpflichtung des unverantwortlichen Vertragsteiles erlöschen läßt, ohne deshalb ein Erlöschen der Verpflichtung des verantwortlichen Teiles herbeizuführen. Das genetische Synallagma zeigt sich insbesondere da, wo die ursprüngliche Unmöglichkeit der einen Vertragsleistung gemäß § 306 BGB. das Nichtentstehen der gegnerischen Verpflichtung und damit die Auflösung des ganzen Vertrages zur Folge hat, es zeigt sich aber auch in den zahlreichen anderen Fällen der Nichtigkeit der einen Vertragsverpflichtung. Von der Auswirkung eines genetischen Synallagmas zu sprechen, ist aber mit Rücksicht auf die rückwirkende Kraft der Anfechtung (§ 142 Abs. 1 BGB.) auch in den Fällen erlaubt, in denen die gegenseitigen Verpflichtungen zwar zunächst entstanden, hernach aber durch Anfechtung wieder beseitigt worden sind.

Dem genetischen Synallagma gegenüber bedeutet das sog. funktionelle Synallagma [113]) die Abwicklung des gegenseitigen Vertragsverhältnisses in Verfolgung des Austauschgedankens. Nur dieses funktionelle Synallagma ist in den §§ 320—327 BGB. geregelt, nur mit ihm haben wir uns in Zukunft zu beschäftigen.

Grunderfordernis für die Anwendbarkeit des § 320 BGB. ist das Vorliegen eines gegenseitigen, d. h. streng zweiseitig verpflichtenden Vertrages. Nicht von der Regelung des § 320 BGB. ergriffen werden somit einmal — schon naturgemäß, mangels Gegenanspruches — die einseitig verpflichtenden Verträge (z. B. Darlehn), nicht aber auch die unvollkommenen zweiseitig verpflichtenden Verträge (Leihe, Verwahrung, Auftrag) [114]). Sie unterscheiden sich von den streng zweiseitig verpflichtenden Verträgen dadurch, daß zwar auch bei ihnen gegenüber der Verpflichtung der einen Seite eine Gegenverpflichtung der anderen Seite denkbar ist, daß indessen diese Gegenverpflichtung nicht notwendig und auch niemals ursprünglich vorliegt, vielmehr während der Abwicklung des Schuldverhältnisses sich eben lediglich ergeben kann. Den unvollkommen zweiseitig verpflichtenden Verträgen fehlt somit das für die gegenseitigen Verträge typische genetische Synallagma. Diese Erkenntnis allein würde allerdings der Anwendbarkeit der §§ 320 ff. BGB., die ja nur das funktionelle Synallagma regeln, nicht im Wege stehen. Jedoch ergibt sich

---

112) s. S. 5, 6, 12, 13 d. Abh.
113) s. auch S. 6—10, 12, 13, 14 d. Abh.
114) vgl. Staudinger II 1 § 320 I 1 a, RGRK. I § 320 1

die Nichtanwendbarkeit des (uns allein interessierenden) § 320 BGB. auf die unvollkommen zweiseitig verpflichtenden Verträge ganz abgesehen von seiner auch äußerlich zum Ausdruck gelangten Beschränkung auf das Gebiet der gegenseitigen Verträge schon aus der Überlegung, daß man dem Schuldner die Leistungsverweigerung unmöglich wegen eines anfangs noch garnicht feststehenden Anspruches gestatten kann.

Die getroffene Feststellung bedarf jedoch einer Einschränkung durch folgendes: „Da das Recht der Schuldverhältnisse des BGB. von dem Grundsatze der Vertragsfreiheit beherrscht wird, sind die Parteien nicht auf die typisch-gegenseitigen Verträge des BGB. (z. B. Kauf, Tausch, Miete, Dienstvertrag, Werkvertrag) angewiesen. Sie können vielmehr einmal ein gegenseitiges Vertragsverhältnis schaffen, das überhaupt keine der im BGB. irgendwie geregelten Typen enthält, einen gegenseitigen contractus sui generis schließen. Sie können indessen zum anderen von der ihnen zugestandenen Vertragsfreiheit auch einen geringeren Gebrauch machen und unter teilweiser Benutzung vorgezeichneter — sei es einseitiger Rechtsgeschäfts-, sei es Vertrags- — Typen ein gegenseitiges Vertragsverhältnis entstehen lassen [115]). Dabei brauchen — das folgt aus dem Grundsatze der Vertragsfreiheit — diese Vertragstypen nun nicht dem Gebiete der gegenseitigen Verträge entnommen zu werden. Es können somit die Parteien z. B. die an sich einseitig verpflichtende Bürgschaft derart in den Rahmen eines gegenseitigen Vertrages einpassen, daß die Bürgschaftsleistung einer gegnerischen Leistung als Gegen-, Austauschleistung gegenübersteht [116]). Was für die einseitig verpflichtenden Verträge gilt, gilt aber erst recht für die unvollkommen zweiseitig verpflichtenden. So können die Parteien zweifellos den grundsätzlich unvollkommen zweiseitig verpflichtenden Verwahrungsvertrag durch Einführung des Entgeltes zum gegenseitigen Vertrage gestalten [117]). Der unentgeltliche Verwahrungsvertrag dagegen ist selbst dann nicht als gegenseitiger Vertrag anzusehen, wenn kraft übereinstimmenden Parteiwillens der Verwahrer berechtigt sein soll, die Herausgabe der verwahrten Sache von der gleichzeitigen Erstattung etwa entstandener (also bereits feststehender) Auslagen (§ 693 BGB.) seitens des Hinterlegers abhängig zu machen, und umgekehrt. Die Parteien schaffen hier zwar — und das will ganz allgemein beachtet werden — eine Zug-um-Zug-Erfüllung, nicht indessen darüber hinaus auch einen gegenseitigen Vertrag: Zug-um-Zug-Bewirkung der Leistungen ist noch nicht ihr inneres Austauschverhältnis selbst.

---

115) vgl. „Recht" 1911 Nr. 3436
116) vgl. Planck-Siber II 1 Vorbem. 3 zu § 320; RGZ. Bd. 66 S. 426
117) Staudinger II 1 Vorbem. 1 Abs. 4 zu § 320

Wie gezeigt, kommt es also für die Frage nach dem Vorliegen eines gegenseitigen Vertrages in hervorragendem Maße auf den Willen der Parteien im konkreten Einzelfalle an. Dieser ist auch dann zu berücksichtigen, wenn er nach außen nicht deutlich in Erscheinung tritt [118]).

Grunderfordernis für die Anwendbarkeit des § 320 BGB. ist das Vorliegen eines gegenseitigen Vertrages. Darüber hinaus will die herrschende Lehre die für die gegenseitigen Verträge geschaffenen Vorschriften der §§ 320 ff. BGB. auch auf die kraft Gesetzes entstandenen und durch einseitiges Rechtsgeschäft begründeten gegenseitigen Schuldverhältnisse Anwendung finden lassen, u. zw. nicht immer nur entsprechend [119]), vielmehr bisweilen sogar unmittelbar [120]). So will die herrschende Lehre vor allem die durch Zuschlag, Enteignung sowie Ausübung von Vor- und Wiederkaufsrechten [121]) begründeten gegenseitigen Schuldverhältnisse nach den §§ 320 ff. BGB. behandelt wissen: m. E. mit Unrecht. Abzulehnen ist sicher die Ansicht, daß die §§ 320 ff. BGB. auf nichtvertraglich gegenseitige Schuldverhältnisse unmittelbar Anwendung finden könnten. Denn der Gesetzgeber hat dadurch, daß er die §§ 320 ff. BGB. dem Abschnitte „Schuldverhältnisse aus Verträgen" unterordnete, doch deutlich genug zu verstehen gegeben, daß er in diesem Abschnitte nur die gegenseitigen Verträge, nicht indessen allgemein die gegenseitigen Schuldverhältnisse geregelt wissen wollte. Weiterhin wäre die Bestimmung des § 348 Satz 2 BGB. unverständlich, nach der auf ein überaus wichtiges nichtvertraglich gegenseitiges Schuldverhältnis, nämlich das sich aus dem Rücktritte ergebende, die §§ 320, 322 BGB. entsprechende Anwendung finden sollen. Aber auch eine entsprechende (analoge) Anwendung verbietet sich. Grundbedingung für die analoge Anwendbarkeit einer Gesetzesstelle ist neben einem nahe verwandten Tatbestande die Erkenntnis, daß der Gesetzgeber an den nicht geregelten Tatbestand offenbar nicht gedacht, ihn übersehen hat. Eine derartige Gedankenlosigkeit dürfte dem Gesetzgeber indessen bei der Häufigkeit und Wichtigkeit der nichtvertraglich gegenseitigen Schuldverhältnisse kaum unterstellt werden können. Daß der Gesetzgeber vielmehr auch den nichtvertraglich gegenseitigen Schuldverhältnissen — wo nötig — eine besondere Regelung hat zuteil werden lassen, zeigt neben dem Beispiele des § 348 Satz 2 BGB. vor allem das Beispiel des gesetzlich gegenseitigen Schuldverhältnisses der Gemeinschaft — eine Tatsache, die auch Planck [122]) als Vertreter der bekämpften Ansicht anführt, ohne

---

118) vgl. RGZ. Bd. 60 S. 241
119) so z. B. Planck-Siber II 1 Vorbem. 2 zu § 320
120) so z. B. Staudinger II 1 Vorbem. 1 Abs. 5 zu § 320
121) vgl. Fischer-Henle, BGB. § 320 1
122) (-Siber) II 1 Vorbem. 2 zu § 320

indessen aus ihr den (wenn auch nicht zwingenden, so doch naheliegenden) mit der hier vertretenen Ansicht übereinstimmenden Schluß zu ziehen.

Zugegeben, daß die Versagung der hier allein zu behandelnden Einrede des nichterfüllten Vertrages des § 320 BGB. für die Parteien des nichtvertraglich gegenseitigen Schuldverhältnisses eine Härte bedeuten kann, so muß doch andererseits bedacht werden, daß der Schuldnergläubiger hier nicht jeglicher Hilfe entbehrt, daß ihm vielmehr immerhin der noch recht starke Schutz des § 273 BGB. zugutekommt.

Werden Leistungen zurückgefordert, die auf Grund eines nichtigen bzw. durch Anfechtung vernichteten gegenseitigen Vertrages oder aber in Erwartung eines solchen hernach nicht zustandegekommenen Vertrages bewirkt worden sind, so gründen sich die beiderseitigen Rückgewährverpflichtungen sicherlich nicht auf Vertrag, vielmehr auf gesetzliche Vorschrift (§ 812 BGB.); sind sie doch gerade aus der Vernichtung bzw. der Nichtentstehung des Vertrages heraus entstanden. Schon aus diesem Grunde kann daher auf die Abwicklung dieses Schuldverhältnisses der § 320 BGB. keine Anwendung finden. Zu seiner Nichtanwendbarkeit noch aus einem zweiten Grunde gelangt man aber dann, wenn man sich auf den Standpunkt stellt — auf die Problematik der hiermit angeschnittenen Frage soll und kann nicht eingegangen werden —, daß der Kondiktionsanspruch des einen Vertragsteiles völlig unabhängig von demjenigen des anderen Teiles besteht [123]). Es kann dann nicht einmal ein gesetzliches gegenseitiges Schuldverhältnis angenommen werden, dessen Vorliegen die herrschende Lehre zur Anwendung des § 320 BGB. veranlassen würde. — — Daß es den Parteien freisteht, diese an sich selbständigen Verpflichtungen im Vertragswege — sei es vor ihrer Entstehung für den Fall ihrer Entstehung, sei es nach ihrer Entstehung — in einem gegenseitigen Vertrage zusammenzufassen, erscheint nach dem oben [124]) Gesagten selbstverständlich.

2. Das Ausstehen der Gegenleistung als weiteres Erfordernis.

„Wer aus einem gegenseitigen Vertrage verpflichtet ist, kann die ihm obliegende Leistung bis zur Bewirkung der Gegenleistung verweigern." Wohlgemerkt: nicht bis zur Bewirkung der „Leistung des anderen Teiles", der „gegnerischen Leistung", vielmehr bis zur Bewirkung der „Gegenleistung"! Die Wahl dieses Ausdruckes ist nicht etwa darauf zurückzuführen,

---

[123]) H. A. Fischer, Ber. u. Schaden, insbes. S. 5—10; 10, 53; vgl. auch RGZ. Bd. 49 S. 424, SeuffArch. Bd. 75 Nr. 68

[124]) s. S. 26, 27 d. Abh.

daß der Gesetzgeber sich möglichst kurz hat fassen wollen, sie hat vielmehr ihren tiefen Sinn [125]): Selbst im Rahmen des gegenseitigen Vertrages sollen nicht alle sich irgendwie gegenüberstehenden Leistungen bzw. Verpflichtungen [126]), soll vielmehr nur ein eng umschriebener Kreis von dem funktionellen Synallagma erfaßt werden. Es muß sich bei der Leistung, deren Nichtbewirkung wegen bzw. zwecks deren Bewirkung der Schuldner seine Leistung verweigert, um eine Leistung handeln, die bei Vertragsschluß in den Augen der Parteien die Ausgleichsleistung gerade für die verweigerte Leistung darstellen sollte. Derartige Ausgleichsleistungen sind indessen bei weitem nicht alle in den Rahmen eines gegenseitigen Vertrages fallenden Leistungen. Der gegenseitige Vertrag umfaßt vielmehr oft Leistungen, die der Leistung der anderen Seite nicht als Ausgleichs-, Gegenleistung, vielmehr als N e b e n leistung gegenüberstehen [127]). Mit dieser Bezeichnung soll freilich nur der Gegensatz zur Austausch-, Gegenleistung hervorgehoben, nicht indessen auch behauptet werden, daß es sich hier um Leistungen nebensächlicher Natur handeln müsse. So steht z. B. im Mietvertrage der Verpflichtung des Mieters zur Entrichtung des Mietzinses (§ 535 Satz 2 BGB.) die Verpflichtung des Vermieters zur Gebrauchsgewährung (§§ 535 Satz 1, 536 BGB.) als Gegenverpflichtung gegenüber, nicht indessen auch dessen Verpflichtung zum Verwendungsersatze (547 BGB.). Diese ist vielmehr nur Nebenverpflichtung, sodaß der Mieter die Entrichtung des Mietzinses [128]) nicht gemäß § 320 BGB. bis zum Verwendungsersatze verweigern darf. So stellt auch zwar die Verpflichtung des Buchhalters zur Buchführung, nicht aber auch seine Verpflichtung zur Herausgabe der Geschäftsbücher die Gegenverpflichtung zur Verpflichtung zur Zahlung der Vergütung dar [129]). Denn die Vergütung ist zwar wegen bzw. zum Zwecke [130]) der Verpflichtung des Buchhalters zur Buchführung, nicht indessen auch wegen bzw. zum Zwecke der Verpflichtung zur Herausgabe der Geschäftsbücher zugesagt worden. Eine Rückhaltung der Vergütung bis zur Herausgabe der Bücher gemäß § 320 BGB. ist demnach unzulässig.

---

125) Dies vor allem dürfte Planck ((-Siber) II 1 § 320 3 b) entgegenzuhalten sein, der ein Schweigen des Gesetzes über das nachfolgend bejahte Erfordernis der strengen Gegenseitigkeit behauptet; vgl. auch Anm. 130 u.

126) Es wird für die folgenden Betrachtungen im allgemeinen (nicht so bei den Naturalobligationen; s. S. 37—39 d. Abh.) gleich sein, ob die Verpflichtung oder aber die aus ihr folgende Leistung untersucht wird

127) vgl. Staudinger II 1 Vorbem. 2 b zu § 320; Oertmann, BGB. II 1 § 320 4 a, RGRK. I § 320 1

128) die ja nicht in Geld zu erfolgen braucht: Aufrechnung!

129) vgl. SeuffArch. Bd. 65 Nr. 233

130) Unter Zuhilfenahme dieses „wegen bzw. zum Zwecke" wird sich das Vorliegen eines echten Gegenseitigkeitsverhältnisses wohl immer ermitteln lassen: gegen Planck((-Silber) II 1 § 320 3 b); s. auch Anm. 125 o.

Derartige Nebenverpflichtungen stellen vor allem die den notwendigen Verpflichtungen etwa gegenübertretenden gegnerischen Verpflichtungen der unvollkommen zweiseitig verpflichtenden Verträge dar [131]): ein weiterer [132]) Grund für die Unanwendbarkeit des § 320 BGB. auf diese!

Wir haben als Gegenleistung bisher lediglich diejenige Leistung bezeichnet, die die Austauschleistung gerade für die verweigerte Leistung darstellen soll, haben somit die Nebenleistungen ausgeschieden. Wir haben zum anderen aber auch festgestellt, daß es sich bei ihr um eine Leistung handeln muß, die nach dem im Vertrage zum Ausdruck gelangten Willen der Parteien die Austauschleistung darstellen soll. Es müßte sich demnach — streng genommen — stets um (von Anfang an) vertraglich begründete Gegenleistungen handeln. Daß diese Beschränkung des Begriffes der Gegenleistung auf die vertraglich begründete Gegenleistung indessen zu Unträglichkeiten führen muß, soll im Folgenden - induktiv — dargelegt werden.

Gehen wir von folgendem Falle aus: A bietet B die aus gegenseitigem Vertrage geschuldete Leistung an. B verweigert die Annahme (Gläubigerverzug!) und erklärt, seinerseits überhaupt nicht leisten zu wollen [133]). A setzt B durch Mahnung in Verzug. B reut sein Verhalten und er bietet nunmehr die Leistung an. A macht indessen B gegenüber einen erheblichen Verzugsschaden geltend, weist die Leistung ohne die Schadensersatzleistung zurück und verweigert seine Leistung bis zur Bewirkung der auch den Verzugsschadensersatz umfassenden gegnerischen Leistung. Steht A bis zur Bewirkung der von ihm geforderten Leistung die Einrede des nichterfüllten Vertrages zu? Zweifellos handelt es sich hinsichtlich der Schadensersatzverpflichtung nicht um eine vertraglich begründete, vielmehr kraft Gesetzes (§ 286 BGB.) entstandene Verpflichtung, u. zw. um eine solche, deren Entstehung vom Schuldner alles andere als gewollt sein wird. Daß die Einrede des nichterfüllten Vertrages dem Berechtigten indessen hinsichtlich der ganzen von ihm geforderten Leistung zugestanden werden muß, ergibt sich aus folgender Überlegung: Die Schadensersatzleistung ist Teilleistung im Sinne des § 266 BGB. [134]). Der Gläubiger ist also berechtigt, die gegnerische Leistung ohne die Schadensersatzleistung abzulehnen und die volle Leistung zu verlangen. Es wäre nun geradezu widersinnig, wollte man dem Schuldner-

---

[131]) Allerdings paßt hier der Ausdruck „Nebenverpflichtung" mangels danebenstehender Gegenverpflichtung schlecht. Man wird daher hier besser von einer „Nicht-Gegenverpflichtung" sprechen

[132]) s. S. 25, 26 d. Abh.

[133]) B muß die Einrede aus § 320 BGB. verlieren, da er sonst nicht in Verzug geraten kann; s. S. 41, 21 d. Abh.

[134]) vgl. Planck-Siber II 1 § 266 1 b, Staudinger II 1 § 266 1

gläubiger zwar einen Anspruch auf die ungeteilte Leistung gewähren, ihm das Zwangsmittel zur Durchsetzung dieses Anspruches aber nur hinsichtlich eines Teiles zugestehen! Hinter diesem aus § 266 BGB. sich ergebenden Gesichtspunkte treten andere Momente, die die Gewährung der Einrede des nicht-erfüllten Vertrages fordern, stark in den Hintergrund. Diese treten indessen klar in Erscheinung in den Fällen der Einrede des nicht gehörig erfüllten Vertrages („exceptio non rite adimpleti contractus") des § 320 Abs. 2 BGB., die deshalb ausnahmsweise zum Vergleiche herangezogen werden möge. Ändern wir unser voriges Beispiel dahin ab, daß A die angebotene Leistung angenommen hat, die eigene Leistung indessen bis zur Bewirkung auch der Schadensersatzleistung in vollem Umfange verweigert. Darf dies A unter der Voraussetzung, daß es sich nicht um einen verhältnismäßig geringfügigen [135]) Verzugsschaden handelt? Zunächst könnten wieder Bedenken gegen die Zulassung der Einrede insofern auftauchen, als die Schadensersatzverpflichtung ja eine kraft Gesetzes (§ 286 BGB.) entstandene Verpflichtung darstellt. Doch will hierbei bedacht sein, daß die aus dieser Verpflichtung folgende Schadensersatzleistung — das liegt in der Natur einer jeden Schadensersatzleistung — nichts anderes darstellt als die Ergänzung der den Schuldnergläubiger nur unvollkommen befriedigenden bewirkten Leistung zur vollen, vom Gläubigerschuldner gewollten Vertragsleistung. Insofern geht der Wille des Gesetzes, dem Schuldnergläubiger die volle Austauschleistung zu verschaffen, auch nicht über den Willen des Gläubigerschuldners hinaus. Aus diesem Grunde schon läßt sich die Zulassung der Einrede rechtfertigen. Zur Zulassung aber geradezu zwingt die Überlegung, daß man bei anderer Entscheidung zu dem Ergebnis gelangte, daß der säumige Schuldner den vertragsgetreuen Gegner zur teilweisen Vorleistung zwingen würde [136]); denn für die volle Vertragsleistung einerseits würde die Gegenleistung ohne ihre Ergänzung, also nur teilweise bewirkt werden: ein Ergebnis, das einmal den in § 320 BGB. zum Ausdruck gebrachten Grundsätzen der Billigkeit widerspräche, zum anderen aber auch eine Lässigkeit in der Vertragserfüllung heraufzubeschwören geeignet wäre!

Was für die Verzugsschadensersatzleistung des § 286 BGB. gilt, gilt entsprechend auch für die anderen Leistungen, deren Einbeziehung erst die volle Vertragsleistung ausmacht, sei es, daß sie kraft Gesetzes (vgl. §§ 276, 287 BGB.), sei es, daß sie kraft Parteivereinbarung ergänzen sollen. Hierbei fallen indessen die Ergänzungsleistungen kraft Parteivereinbarung zumeist aus dem Rahmen des § 320 Abs. 1 BGB. in den des — von

---

135) § 320 Abs. 2 BGB.!

136) Die etwa entgegengehaltene Einrede aus § 273 BGB. könnte er ja durch Sicherheitsleistung entkräften!

uns nicht zu behandelnden — Absatzes 2, da sie kraft besonderen Entstehungsgrundes nicht mehr zu den Teilleistungen im Sinne des § 266 BGB. zählen [137]) und vom Schuldner nachbewirkt werden können.

Unter der Gegenleistung verstehen wir somit nicht nur die ursprünglich in Aussicht genommene Vertragsleistung, sie umfaßt vielmehr auch diejenige Leistung, die die (vom Schuldnergläubiger aus gesehen) nur unvollkommen angebotene oder bewirkte Austauschleistung zur vertraglich vollkommenen ergänzen [138]) soll.

Was für die Ergänzungsleistungen gilt, muß erst recht für diejenigen Leistungen gelten, die an die Stelle der vertraglich in Aussicht genommenen Gegenleistung treten, sie ersetzen sollen. Auf die Parteivereinbarung braucht hier nicht weiter eingegangen zu werden: Im Wege der Vereinbarung würden die Parteien eben zwischen Leistung und Ersatzleistung ein neues Ausgleichsverhältnis schaffen. Ein weitaus größeres Interesse beanspruchen dagegen die kraft gesetzlicher Vorschrift geschuldeten Ersatzleistungen. In Betracht kommen hier einmal die Fälle der Unmöglichkeit der Gegenleistung (für die gegenseitigen Verträge in den leges speciales der § 323—325 BGB. geregelt), u. zw. für die Einrede des nichterfüllten Vertrages, die ja zwei sich gegenüberstehende Ansprüche voraussetzt, nur die Fälle der §§ 323 Abs. 2, 325 und des dem letzten gleichzubehandelnden § 326 Abs. 1 Satz 2 BGB. [139]).

Der Fall des § 323 Abs. 2 BGB. ist schnell abgetan, wenn wir auf den Normalfall abstellen, daß das Surrogat dem Werte der geschuldeten Leistung entspricht. Man wird dann auch hier [140]) sagen müssen, daß einmal der Wille des Gesetzes über den Vertragswillen des Gläubigerschuldners nicht hinausgeht, und daß zum anderen eine Unbilligkeit darin läge, dem sich mit dem Surrogate (das selbst bei Gleichwertigkeit eben immer nur Ersatz bleibt!) bescheidenden Schuldnergläubiger durch die Gefahr der Vorleistungspflicht eine schlechtere Stellung einzuräumen. Die gleiche Entscheidung beansprucht aber auch der Fall, daß das Surrogat hinter dem Werte der geschuldeten Leistung zurückbleibt; stellt doch für diesen Fall § 323 Abs. 2,

---

[137]) Planck-Siber II 1 § 266 1 b, Staudinger II 1 § 266 1

[138]) Es dürfte richtig sein, darauf und nicht auf eine „Vergrößerung" (RGRK. I § 320 3) der Schuld abzustellen, mag auch die Ergänzung in den Augen des Schuldners sich als Vergrößerung darstellen

[139]) In den §§ 323 Abs. 1, 3 u. 324 BGB. fehlen sich gegenüberstehende Ansprüche. § 326 Abs. 1 Satz 1 BGB. gewährt selbst keinerlei Ansprüche. Er gibt dem nichtsäumigen Teile vielmehr lediglich ein Mittel (Fristsetzung + Erklärung) zur Durchsetzung des Vertragsanspruches bzw. zur Geltendmachung aus der Nichterfüllung (§ 326 Abs. 1 Satz 2 BGB.), der nur teilweisen (§ 326 Abs. 1 Satz 3) oder nicht rechtzeitigen Erfüllung (§ 286 BGB.) erwachsender Ersatzansprüche an die Hand

[140]) s. S. 31 d. Abh.

2. Halbs. BGB. durch Minderung der Gegenleistung die alte Gewichtslage wieder her. Nicht anders aber wird man endlich dann entscheiden können, wenn das Surrogat den Wert der geschuldeten Leistung übersteigt [141]): Den Wert des Surrogates (statt für die Bemessung der Gegenleistung) als Kriterium für die Zulassung oder Nichtzulassung der Einrede des nichterfüllten Vertrages ansehen, hieße beide Teile oftmals in Ungewißheit versetzen und ihnen ein nicht gerechtfertigtes Risiko auferlegen!

Sodann zum Schadensersatz wegen Nichterfüllung der §§ 325, 326 BGB.! Bedeutung hat die angeschnittene Frage selbstverständlich nur dann, wenn wir uns nicht auf den Standpunkt der sog. (strengen) Differenztheorie stellen. Denn bei deren Anwendung bliebe ja für zwei sich gegenüberstehende Ansprüche kein Raum mehr. Es ist im Rahmen der gewählten Aufgabe völlig unmöglich, zu den sich mit der Natur des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung der §§ 325, 326 BGB. befassenden Theorien, der (strengen) Differenztheorie, der Austausch- oder Surrogattheorie und der vermittelnden Differenztheorie näher Stellung zu nehmen. Es sei hier nur festgestellt, daß die (strenge) Differenztheorie [142]), deren Anwendung für das Handelsrecht gerechtfertigt sein mag [143]), heute für das Gebiet des bürgerlichen Rechtes von Wissenschaft und Praxis fast einmütig abgelehnt wird: mit Recht! Denn ihr ist einmal vorzuwerfen, daß sie den Willen des Gesetzgebers mißachtet, der dem Berechtigten den Schadensersatzanspruch neben dem Rücktrittsrecht gewährt hat, ihm also offensichtlich die Möglichkeit hat geben wollen, entweder den Vertrag durch Rücktritt zur Auflösung zu bringen oder aber unter Hinnahme des Schadensersatzanspruches statt des Vertragsanspruches bei ihm stehenzubleiben. Davon, daß der gesamte gegenseitige Vertrag sich (automatisch) in einen einseitigen Schadensersatzanspruch auflöst [144]), kann also wohl schwerlich gesprochen werden. Auch will die Differenztheorie einen Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung des Vertrages gewähren, während das Gesetz (§ 325 Abs. 1 BGB.) selbst doch ausdrücklich von einem Schadensersatz wegen Nichterfüllung der (ganzen) Verbindlichkeit spricht [145]). Der Differenztheorie muß weiter entgegengehalten werden, daß die Natur des gegenseitigen Vertrages nicht — wie sie behauptet [146]) — zur Differenz-, vielmehr

---

141) Der Minderung der Gegenleistung des § 323 Abs. 2, 2. Halbs. BGB. entspricht hier keine Vergrößerung; vgl. Staudinger II 1 § 323 III

142) Hauptvertreter: Schöller, GruchBeitr. Bd. 44 S. 603 ff.; Cosack-Mitteis, Lehrb. d. BR. I § 157 I 1 a β; Müller, „Recht" 1905 S. 545 ff.

143) vgl. H. A. Fischer, Ber. u. Schaden S. 47, 48

144) Schöller S. 611 a. a. O.

145) vgl. Oertmann, BGB. II 1 § 325 1 b δ

146) vgl. Staudinger II 1 § 323 Vorbem. A AA III 1 1 β; vgl. auch Oertmanns (Vertreter der Austauschtheorie!) „Nettogewinn" (BGB. II 1 § 325 1 b α)

gerade zur Austauschtheorie drängt. Denn für den gegenseitigen Vertrag ist m. E. nicht so sehr wesentlich — und dies gilt selbst für die strenge Auffassung des altdeutschen Rechtes und des ALR., die sich ja auf die Art und Weise des Austausches beschränkt —, daß die Werte der Gegenleistungen, als vielmehr, daß diese selbst ausgeglichen werden, mag auch zunächst für die Bemessung der einen Leistung der Wert der Gegenleistung eine entscheidende Rolle spielen. Endlich sei auf die unbilligen Folgen der Anwendung der Differenztheorie für den nichtverantwortlichen Teil der §§ 325, 326 BGB. aufmerksam gemacht. Mag man auch die Höhe des Schadensersatzanspruches „nach der Verschlechterung, welche die wirtschaftliche Stellung des Berechtigten durch das Unterbleiben des Vertragsvollzuges erfahren hat“ [147]), bemessen, m. a. W. also nicht nur den aus dem Nichtleisten des Verpflichteten, vielmehr auch den aus dem Nichtleistenkönnen des Berechtigten entstandenen Schaden ersetzen lassen, so lassen sich doch Fälle denken, in denen die Leistungsmöglichkeit für den Berechtigten eine durch Schadensersatz nicht wettzumachende, eine „nur“ ideelle Bedeutung hat. Wie somit einerseits der nichtverantwortliche Vertragsteil ein unersetzbares Interesse an der eigenen Leistungsmöglichkeit haben kann, so kann andererseits ein erhebliches Interesse des verantwortlichen Teiles an der Gegenleistung bestehen, das dem nichtverantwortlichen Teile die volle Schadensersatzleistung sichert, während die Durchsetzung des einseitigen Differenzschadensersatzanspruches fraglich erscheinen kann. Daß umgekehrt der Zwang zur Bewirkung der Leistung gegen eine bloße Surrogatleistung eine große Unbilligkeit für den nichtverantwortlichen Teil bedeuten kann, ist den Vertretern der strengen Differenztheorie zuzugestehen. Auch darf nicht unberücksichtigt bleiben, daß der nichtverantwortliche Teil bei Bestehen seiner Leistungspflicht riskiert, bei nichtzuvertretender Unmöglichkeit der Leistung gemäß § 323 BGB. den Schadensersatzanspruch zu verlieren. Der Überlegung, daß die §§ 325, 326 BGB. den nichtverantwortlichen Vertragsteil schützen wollen, wird am ehesten die sog. vermittelnde Differenztheorie gerecht, die dem nichtverantwortlichen Teile (aber auch nur diesem!) die Wahl läßt zwischen vollem Schadensersatzanspruch bei Bewirkung der eigenen Leistung und Differenzschadensersatzanspruch. Daß gegen diese heute wohl vorherrschende [148]) Theorie schwere Bedenken begründet sind, sei nicht verschwiegen. Einmal erheben sich voll gerechtfertigte Bedenken dagegen, daß sie „bei einer gleichen äußeren Struktur des Tatbestandes (Unmöglichkeit der Leistung und Schuldnerverzug bei gegenseitigen Verträgen) für die gleiche vom Gesetz verhängte

---

[147]) RGZ. Bd. 102 S. 62

[148]) s. z. B. Staudinger II 1 Vorbem. A AA III 1 b zu § 323, Planck-Siber II 1 § 325 1 a; s. vor allem auch das RG. in ständiger Rechtsprechung!

Rechtsfolge (Schadensersatz wegen Nichterfüllung) je nach dem Einzelfall von entgegengesetzten Denkgesetzen ausgeht, bald annimmt, es bestehe die Gläubigerschuld noch, bald, sie sei untergegangen“ [149]). Zum anderen sei aber auch mit dem Hinweise darauf, wann wohl der Berechtigte die Wahl vornehmen muß, auf die aus der praktischen Anwendung dieser Theorie sich ergebenden Schwierigkeiten aufmerksam gemacht. Damit genug: Es kommt bei Untersuchung der drei Theorien wenig auf die Feststellung an, welche von den Theorien „Austausch- oder Surrogattheorie“ und „vermittelnde Differenztheorie“ den Vorzug verdient, vielmehr darauf, die strenge Differenztheorie, die keine Gegenleistungen mehr kennt, auszuschalten.

Kann nun aber der dem Schuldnergläubiger — sei es zwangsläufig, sei es fakultativ — zustehende Anspruch auf die volle Schadensersatzleistung von diesem im Wege der Einrede des nichterfüllten Vertrages durch Einbehaltung der eigenen Leistung durchgesetzt werden? Dies ist aus bereits [150]) angeführten Gründen unbedenklich zu bejahen: Der Wille des Gesetzgebers geht einmal über den Vertragswillen des Gläubigerschuldners nicht hinaus; zum anderen kann aber auch der Schuldnergläubiger aus Gründen, die nicht in seiner Person, vielmehr gerade in der des Gegners liegen, diesem gegenüber unmöglich vorleistungspflichtig werden [151])!

Was für den Schadensersatz wegen Nichterfüllung bei Unmöglichkeit der Leistung gilt, muß entsprechend und erst recht für den aus positiver Vertragsverletzung erwachsenden Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung gelten. Hierbei kommt es nicht darauf an, ob dessen Grundlage gleichfalls in den §§ 325, 326 BGB. [152]) oder aber in den §§ 276, 242 BGB. [153]) zu suchen ist.

Nicht mehr unter den Begriff der Gegenleistung fallen die Leistungen, die aus den sich aus der Ausübung des Rücktrittes (§§ 325, 326 BGB.) [154]) ergebenden Verpflichtungen herrühren. Der Rücktritt löst das gegenseitige Vertragsverhältnis auf und begründet ein nichtvertraglich gegenseitiges Schuldverhältnis (§§ 327, 346 ff. BGB.), dessen Vorliegen die Anwendung des § 320 BGB. nicht rechtfertigt. Allerdings findet, wie bereits erwähnt [155]), gemäß §§ 327, 348 BGB. die Vorschrift

---

149) H. A. Fischer, Ber. u. Schaden S. 48, 49 (zugunsten der Austauschtheorie)

150) s. S. 31 d. Abh.

151) ebenso Oertmann, BGB. II 1 § 320 4 b; Kisch, Wirk. d. nachtr. e. Unmögl. S. 134

152) so z. B. Planck-Siber II 1 § 325 4

153) so z. B. Staudinger II 1 § 325 I b β

154) Für das Rücktrittsrecht bei positiver Vertragsverletzung gilt das gleiche, auch wenn dieses sich nicht auf die §§ 325, 326 BGB. gründen sollte; vgl. oben Anm. 152 u. 153

155) s. S. 27 d. Abh.

des § 320 BGB. auf die sich aus dem Rücktritte ergebenden Verpflichtungen der Parteien entsprechende Anwendung.

Von den in § 325 BGB. in Bezug genommenen Rechtsbehelfen des § 323 BGB. interessiert für die Einrede des nichterfüllten Vertrages nur der bereits [156]) behandelte des Abs. 2. Auch für den Fall des § 283 BGB. (vgl. § 325 Abs. 2 BGB.!) erübrigt sich eine besondere Behandlung.

Sprachen wir bisher von Ersatzleistungen bzw. -verpflichtungen kraft Gesetzes, so handelte es sich stets um Fälle, in denen ein vertretbares Verhalten des Gläubigerschuldners Untergang der alten und Entstehung der neuen Verpflichtung unmittelbar zur Folge hatte. Wie aber ist da zu entscheiden, wo Untergang der alten und Entstehung der neuen Verpflichtung kraft Gesetzes zwar ihren letzten Grund gleichfalls in einem vertretbaren Verhalten des Gläubigerschuldners finden, ihren unmittelbaren Rechtsgrund indessen aus diesem Verhalten erst ableiten? Man denke hier an folgenden Fall: A verkauft dem B im Januar sein hochbelastetes Grundstück und läßt es ihm auf. Das Kaufgeld soll nach dem notariellen Vertrage, wie folgt, belegt werden: B übernimmt — ohne Zustimmung des Hypothekengläubigers C (zur persönlichen Schuldübernahme), die auch späterhin nicht erteilt wird — in erster Linie die auf dem Grundstücke lastenden Hypotheken, derentwegen sich der Eigentümer grundbuchmäßig der sofortigen Zwangsvollstreckung in das Grundbuch unterworfen hat. Darüber hinaus verpflichtet sich B, dem A am 1. Juli eine bestimmt bezeichnete Möbeleinrichtung zu liefern. Die am 1. April fälligen Hypothekenzinsen von 200.— RM. soll noch A an C zahlen. Da A diese Zinsen am Fälligkeitstage (vertretbar) nicht zahlt, zahlt sie B an seiner Stelle umgehend in der Absicht, die drohende, zunächst ihn selbst, dann aber den A als Schadensersatzpflichtigen treffende Zwangsversteigerung zu vermeiden, und mit der Folge, daß einerseits die Schuld des A an C insoweit gemäß § 276 BGB. erlischt, andererseits aber ihm, dem B, ein Anspruch gegen den A in Höhe von 200.— RM. aus § 683 (oder 684) BGB. erwächst bzw. daß der Anspruch des C gegen den A gemäß § 1143 BGB. auf ihn übergeht. Kann der Schuldnergläubiger B, am 1. Juli auf Lieferung der Möbeleinrichtung belangt, diese Ansprüche A gegenüber im Wege der Einrede des nichterfüllten Vertrages durchsetzen? Man wird diese Frage aus folgenden Gründen zu bejahen haben: Einmal hat das gegenseitige Vertragsverhältnis selbst mit dem Erlöschen der Verpflichtung des Gläubigerschuldners A noch nicht sein Ende gefunden [157]) (§§ 267, 683 (684) BGB.!). Wir werden die — wenn auch nicht unmittelbar, so doch (zufolge Eintrittes des Schuldnergläubigers B) mittel-

---

[156]) s. S. 32, 33 d. Abh.
[157]) s. S. 24, 25 d. Abh.

bar — aus vertretbarem Verhalten des Gläubigerschuldners A kraft Gesetzes entstandene Verpflichtung andererseits zu unseren Ersatzverpflichtungen zu zählen haben. Denn einmal bedeutet — das gilt für den Anspruch des Schuldnergläubigers B aus § 1143 BGB. — der gesetzliche Übergang einer Forderung für den Schuldner an sich schon einen bloßen, in der Regel [158]) für ihn gleichgültigen Gläubigerwechsel ohne Veränderung der Schuld selbst, in unserem Fall aber für den Gläubigerschuldner A insofern eine noch geringfügigere Veränderung auf der Gläubigerseite, als der Schuldnergläubiger B bereits auf Grund des gegenseitigen (Kauf-) Vertrages neben dem Gläubiger C die Leistung, wenn auch nur an diesen, zu fordern berechtigt gewesen ist. Zum anderen aber ist — dies gilt für den Anspruch des Schuldnergläubigers B aus § 683 (684) BGB. — der Geschäftsherr der Geschäftsführung ohne Auftrag (B) durch deren Vorschriften genügend dagegen geschützt, über seinen Willen hinaus leisten zu müssen. Endlich aber würde es auch (und dies gilt für den Anspruch aus den §§ 683 (684) und 1143 BGB. gleichermaßen) eine Unbilligkeit und Unklugheit sondergleichen bedeuten, wollte man den Schadensersatzberechtigten besser stellen als denjenigen, dessen Absicht (wie die des B in unserem Falle) dahin ging, — zum mindesten auch [159]) — die Interessen des Vertragsgegners durch Abwendung des Schadens wahrzunehmen.

Auf die komplizierten Fragen, die sich bei Vorliegen von Verträgen über Dauerleistungen, zusammengesetzte und periodische Leistungen (Sukzessivleistungsgeschäfte!) [160]) ergeben, braucht hier nicht eingegangen zu werden, gehören diese doch in erster Linie in das Gebiet des § 320 Abs. 2 BGB.

3. Die Besonderheit der sog. natürlichen Verbindlichkeiten.

Zweifellos unter den Begriff der Gegenleistungen fallen auch diejenigen Leistungen, die als von vornherein in Aussicht genommene Austauschleistungen auf Grund sog. natürlicher Verbindlichkeiten bewirkt werden. Als gegenseitiger Vertrag, der eine natürliche Verbindlichkeit enthält, dürfte — um zunächst von den verjährten Forderungen abzusehen — wohl nur der im Wege der Parteivereinbarung zu einem solchen gestaltete Ehemäklervertrag des § 656 BGB. in

---

158) anders etwa bei beträchtlicher Unterschiedlichkeit der Gläubigerstrenge!

159) vgl. RGZ. Bd. 75 S. 283, Bd. 82 S. 214

160) vgl. Planck-Siber II 1 Vorbem. 2 zu § 320; Oertmann, BGB. II 1 § 320 4

Betracht kommen, u. zw. liegt dann die natürliche Verbindlichkeit auf Seiten des Auftraggebers. Die Gegenleistung entstammt hier jedoch einer Gegenverpflichtung, deren Eigenart darin besteht, daß ihretwegen dem Gläubiger keinerlei Zwangsmittel zu Gebote stehen (Erfüllbarkeit, aber Nichterzwingbarkeit der natürlichen Verbindlichkeit!) [161]). Wie jedes Zwangsmittel muß daher auch die Einrede des nichterfüllten Vertrages des § 320 BGB. dem aus einer solchen natürlichen Verbindlichkeit Berechtigten zur Durchsetzung seines Anspruchs versagt werden.

Nicht anders ist indessen hinsichtlich der Austauschleistungen zu entscheiden, die auf Grund verjährter Forderungen bewirkt bzw. geschuldet werden [162]). Auch diese entstammen natürlichen Verbindlichkeiten, denen allerdings die Besonderheit geringerer Mißbilligung seitens des Gesetzgebers eigen ist (siehe §§ 222 Abs. 2, 390 Satz 2 BGB.!); auch hier ist also eine Erfüllung möglich, dem Gläubiger indessen zur Durchsetzung des verjährten Anspruchs jedes Zwangsmittel zu versagen. Eine analoge Anwendung des § 390 Satz 2 BGB. muß abgelehnt werden, da der zu dieser Ausnahmebestimmung führende Gedanke für die Einrede des nichterfüllten Vertrages nicht paßt. Wie aus den Protokollen [163]) hervorgeht und auch Regelsberger [164]) als Vertreter der hier bekämpften Ansicht zutreffend bemerkt, sollte die Ausnahmebestimmung des § 390 Satz 2 BGB. der Volksanschauung und -gepflogenheit Rechnung tragen. Mit dieser wird nämlich der Schuldner, dem eine aufrechenbare Gegenforderung zusteht, jedenfalls dann [165]) keine Veranlassung sehen, diese dem Gläubiger gegenüber hervorzukehren, wenn seine Gegenforderung höchstens den Umfang der ihm gegenüber geltendgemachten Forderung einnimmt: hat er doch in dem Betrage, den er seinerseits schuldet, „Deckung" in Händen, d. h. kann er sich doch mit Recht auf den Standpunkt stellen, daß für ihn die Nichtbewirkung der eigenen Leistung (mindestens) die gleiche Bedeutung hat wie die Bewirkung der Gegenleistung bei eigenem Leistenmüssen. Man braucht also garnicht einmal an die Einklagung der Gegenforderung zu denken, bei

---

[161]) Wollte man mit Leonhard (Allgem. Schuldr. d. BGB. § 8) entgegen der herrschenden Lehre überhaupt die Entstehung der Verpflichtung leugnen, so folgte aus dem genetischen Synallagma mit Nichtentstehung der Gegenverpflichtung die Auflösung des ganzen gegenseitigen Vertrages; vgl. S. 24, 25 d. Abh.

[162]) A. M. Staudinger II 1 § 320 I 2 b aa i. V. m. § 273 I 1 a α; Regelsberger, JherJahrb. Bd. 41 S. 334; Rehbein, BGB. II S. 91 Nr. 77; Leonhard, Allgem. Schuldr. d. BGB. § 115 2; Rieger, Zurückbehaltr. S. 34 — Vermittelnd, aber im Ergebnis übereinstimmend Planck-Siber II 1 § 320 3 b i. V. m. § 273 2 a α bb; Oertmann, BGB. II 1 § 320 8 c; Dernburg, BR. II 1 § 57 II 2 Anm. 7

[163]) Prot. I S. 363, 364

[164]) S. 330 a. a. O.

[165]) Diese Einschränkung muß sinngemäß vorgenommen werden.

der der Schuldner die Abweisung der Klage auf Grund erklärter Aufrechnung riskiert. Der Schuldner wird also in den genannten Fällen sehr häufig erst dann mit seiner Gegenforderung hervortreten, wenn der Gläubiger ihm gegenüber die Forderung ohne Rücksicht auf die Gegenforderung geltendmacht; dann aber kann seine Forderung verjährt sein, ohne daß es auch die des Gläubigers zu sein braucht. Daß es unbillig wäre, dem Schuldner ob dieses abwartenden Verhaltens Lässigkeit vorzuwerfen und ihm die harten Folgen der Anspruchsverjährung aufzuerlegen, hat der Gesetzgeber im § 390 Satz 2 BGB. zum Ausdruck gebracht. Dieser für die Aufrechnung mit ihrer durch Gleichartigkeit der geschuldeten Leistungen (§ 387 BGB.) bedingten Verrechnung der Leistungswerte gerechtfertigte Gedanke darf indessen nicht auf die Einrede des nichterfüllten Vertrages der gegenseitigen Verträge — deren Ansprüche getrennter Verjährung unterliegen [166]) — übertragen werden. Es widerspräche dem Wesen des gegenseitigen Vertrages, wollte man es als natürlich und daher entschuldbar bezeichnen, wenn der Schuldner (bei gleicher oder geringerer Gegenforderung) seinen Anspruch für ebenso durchgesetzt ansähe, wenn er seinerseits nicht leistete wie wenn er geleistet bekäme, dafür aber selbst leisten müßte: Wie schon einmal [167]) betont, liegt das Wesen des gegenseitigen Vertrages im Austausch nicht der Leistungswerte, vielmehr der Leistungen selbst! Die von Regelsberger [168]) angeführten Ausnahmefälle („Wegfall des Interesses des Schuldners an der Vollziehung des Vertrages oder Feststellung, daß es nie vorhanden gewesen") rechtfertigen eine Rücksichtnahme des Gesetzgebers keineswegs; eine analoge Anwendung des § 390 Satz 2 BGB. lediglich aus Billigkeitsgründen ist aber bei Verschiedenheit der Grundlagen mit aller Entschiedenheit abzulehnen [169]).

4. Der Ausschluß der Einrede.

Von vornherein versagt ist die Einrede des nichterfüllten Vertrages dem vorleistungspflichtigen Vertragsteile. § 320 Abs. 1 Satz 1 BGB. stellt insofern deutlich nachgiebiges Recht (ius dispositivum) dar, als er den Parteien ausdrücklich gestattet, in das funktionelle Synallagma des gegenseitigen Ver-

---

166) Regelsberger, JherJahrb. Bd. 41 S. 330

167) s. S. 34 d. Abh.

168) S. 331 a. a. O.

169) Wenn Leonhard (Allgem. Schuldr. d. BGB. § 115 1) die Entgegensetzbarkeit verjährter Ansprüche daraus herzuleiten sucht, daß die Zurückbehaltungseinrede wie jede Einrede nicht verjähren könne, so übersieht er dabei, daß es sich ja nicht um die Verjährung der Einrede, vielmehr um den Ausschluß der Einrede zufolge Verjährung des ihr zugrundeliegenden Anspruches handelt!

trages — ohne an diesen selbst zu rühren — durch Vereinbarung der Vorleistungspflicht des einen Vertragsteiles einzugreifen („es sei denn, daß er vorzuleisten verpflichtet ist"). Diese Vorleistungspflicht kann sich nur aus der Parteivereinbarung ergeben. An die gesetzlichen Vorleistungspflichten (§§ 551, 614, (641) [170]) BGB.) kann der Gesetzgeber nicht gedacht haben, ergeben sich diese doch aus Sondervorschriften, die der allgemeineren Vorschrift des § 320 BGB. vorgehen [171]). Muß die Vorleistungspflicht demnach dem erklärten übereinstimmenden Parteiwillen entspringen, so ist der Gebrauch des Ausdruckes „Vorleistung" natürlich keineswegs Erfordernis. Vielmehr wird sich die Vorleistungspflicht sehr häufig aus anderen Formulierungen deutlich genug ergeben, so z. B. die des Käufers aus der Klausel „Kassa gegen Faktura" [172]), die des Verkäufers aus der Klausel „zahlbar nach Eintreffen der Ware" [173]). Die Einrede des nichterfüllten Vertrages wächst jedoch dem vertraglich Vorleistungspflichtigen mit Wegfall der Vorleistungspflicht automatisch wieder zu. Ein derartiger Wegfall ist — abgesehen von späterer vertraglicher Beseitigung — mit Rücksicht auf § 242 BGB. dann anzunehmen, wenn der Nachleistungspflichtige bestimmt erklärt, nicht leisten zu wollen oder zu können [174]). Ist in der Übernahme der Vorleistungspflicht ein stillschweigender Verzicht auf die Einrede des nichterfüllten Vertrages zu erblicken, so kann auf sie — wie auf jede Einrede — von vornherein auch ausdrücklich verzichtet werden. § 320 BGB. stellt unbestritten nachgiebiges Recht (ius dispositivum) dar. Es bleibt den Parteien daher vorbehalten, ganz abgesehen von der Regelung der Zeitfolge der Leistungspflicht die Einrede als solche im Wege der Parteivereinbarung auszuschließen.

Die Einrede des nichterfüllten Vertrages dient der Zug-um-Zug-Abwicklung des Vertragsverhältnisses, aber auch nur dieser. Sie darf daher niemals dazu mißbraucht werden, den anderen Teil über die Zug-um-Zug-Leistung hinaus zur Vorleistung zu nötigen. Zu versagen ist sie daher gegenüber Ansprüchen auf solche Leistungen, deren Erbringung für den Gläubiger lediglich vorbereitenden Wert hat. So darf z. B. dem Unternehmer des Werklieferungsvertrages (§ 651 BGB.) keinesfalls gestattet werden, die Beschaffung des Stoffes und die Herstellung des zu liefernden Werkes bis zur Entrichtung der Vergütung zu ver-

---

[170]) Vorleistungspflicht nur hinsichtlich der Herstellung, nicht auch hinsichtlich der Ausantwortung des Werkes!

[171]) s. S. 23 d. Abh.

[172]) vgl. JW. 1923 S. 685

[173]) vgl. LZ. 1927 Sp. 316 Nr. 6

[174]) Staudinger II 1 § 320 II, RGRK. I § 320 4; vgl. auch die im § 321 BGB. getroffene Regelung, nach der aber die Vorleistungspflicht als solche bestehen bleibt

weigern. Wollte man dem Schuldner die Einrede auch hinsichtlich dieser vorbereitenden Leistungen gewähren und ihm damit gestatten, bis zur Leistung des anderen Teiles gänzlich untätig zu bleiben, so würde dies — worauf Adler [175]) mit Recht hinweist — zu einer gegnerischen Vorleistungspflicht führen.

Die Einrede des nichterfüllten Vertrages ist ferner — mit Rücksicht auf ihre nur verzögerliche Natur — von vornherein ausgeschlossen, wenn die zu verweigernde Leistung in einer Unterlassung (§ 241 Satz 2 BGB.!) besteht und die Einbehaltung der Unterlassung, die Zuwiderhandlung, auf eine völlige Vereitelung des Unterlassungsanspruches, ein endgültiges Nichtleisten hinauslaufen würde [176]). Die Einrede des nichterfüllten Vertrages einem Unterlassungsanspruche gegenüber grundsätzlich auszuschließen, besteht dagegen keine Veranlassung.

Die Einredemöglichkeit e r l i s c h t — das folgt weiter aus der verzögerlichen Natur der Einrede — mit dem Augenblicke, in dem die zu erzwingende Leistung gänzlich, d. h. ohne irgendwie ersetzt zu werden, unmöglich wird. Eine gänzliche Unmöglichkeit der Gegenleistung im vorgenannten Sinne tritt nur im Falle des § 323 Abs. 1 BGB. ein. Doch wird man hier jedenfalls den Schuldnergläubiger vom Gläubigerschuldner den Nachweis der unverschuldeten Unmöglichkeit fordern und ihn die Einrede des nichterfüllten Vertrages solange erheben lassen müssen, bis der Gegner im Wege der Replik die unverschuldete Unmöglichkeit bewiesen hat [177]). Erst dann wird der Schuldnergläubiger auf den § 323 BGB. zu verweisen sein, der ihm anstelle der verlorenen Einrede eine gegen den Anspruch selbst gerichtete Einwendung gewährt.

Bewirkt zwar grundsätzlich der Annahmeverzug des Schuldnergläubigers keinen Verlust der Einrede — zu den in den §§ 300—304 BGB. erschöpfend geregelten Folgen des Gläubigerverzuges gehört die Verwirkung der Einrede nicht [178]) —, so begibt sich der Schuldnergläubiger seines Rechtes dann, wenn er die Annahme der Gegenleistung endgültig verweigert oder (bzw. und) klar zu verstehen gibt, daß er seinerseits überhaupt nicht leisten werde [179]): Ist doch in dem dann (funktionell) endgültig geregelten Gegenseitigkeitsverhältnis für die verzögerliche Einrede des nichterfüllten Vertrages kein Raum mehr.

---

175) Leistverweig. S. 4

176) vgl. Staudinger II 1 § 320 I 2 b dd; Oertmann, BGB. II 1 § 273 4 a Abs. 2; Schlegelberger, Zurückbehaltr. S. 140

177) vgl. Staudinger II 1 § 320 I 1 b; Oertmann, BGB. II 1 § 320 9

178) vgl. Staudinger II 1 § 320 I 2 b bb; Planck-Siber II 1 § 320 1 c; Oertmann, BGB. II 1 § 320 6; a. M. desungeachtet unter Berufung auf die prozessuale Vorschrift des § 756 ZPO. Adler, Leistverweig. S. 8

179) Staudinger II 1 § 320 I 2 b bb, RGRK. I § 320 4

II. Das Gebiet des Zurückbehaltungsrechtes (§ 273 Abs. 1 BGB.).

1. Das Herrühren der beiderseitigen Ansprüche aus demselben rechtlichen Verhältnis (Konnexität) als Grundvoraussetzung.

„Hat der Schuldner aus demselben rechtlichen Verhältnis, auf dem seine Verpflichtung beruht, einen... Anspruch gegen den Gläubiger, so kann er . . . die geschuldete Leistung verweigern, bis . . .". Erforderte die Einrede des nicht-erfüllten Vertrages des § 320 (Abs. 1 Satz 1) BGB. aus einem gegenseitigen Vertrage erwachsene Gegenansprüche, so genügt es für das Zurückbehaltungsrecht des § 273 (Abs. 1) BGB., daß sich Ansprüche gegenübertreten, die „aus demselben rechtlichen Verhältnis" herrühren. Der Begriff „rechtliches Verhältnis", der im Gegensatze zu dem recht häufig (vgl. z. B. §§ 168, 369, 417, 897, 919 BGB.) gebrauchten Begriffe „Rechtsverhältnis" im BGB. kaum mehr (wohl nur noch in § 444) wiederkehrt und vom Gesetze nicht näher erläutert wird, hat zu einem regen Streit von Wissenschaft und Praxis Anlaß gegeben. Während sich in der Praxis sehr bald eine im wesentlichen gleichbleibende — allerdings nicht erschöpfende — Bestimmung des streitigen Begriffes herausgebildet hat (vgl. vor allem die Rechtsprechung des Reichsgerichtes!) [180]), schwanken die Lehrmeinungen noch heute. Es lassen sich zwei wissenschaftliche Grundauffassungen unterscheiden: Die eine Seite — hierher gehören vor allem v. Thur [181]), Rech [182]), (bis zur 4. Aufl.) Cosack [183]), Rieger [184]) — glaubt das „rechtliche Verhältnis" dem „Rechtsverhältnis" oder gar dem „Schuldverhältnis" gleichsetzen zu können und zu müssen. Auf der anderen Seite — und das ist herrschende Meinung — betonen vor allem Schlegelberger [185]), Planck [186]), Staudinger [187]), Dernburg [188]), Oertmann [189]), Endemann [190]) und (von der 5. Aufl. an) Cosack [191]) die vom Gesetzgeber gewollte Verschiedenheit von „rechtlichem Verhältnis" und „Rechtsverhältnis" bzw. „Schuldverhältnis" und bemühen sich, eine der Auffassung des Gesetzgebers gerecht werdende Begriffsbestimmung zu

---

[180]) vgl. RGZ. Bd. 57 S. 5 ff. — anknüpfend an die gemeinrechtliche Entscheidung in RGZ. Bd. 14 S. 233 ff. —, Bd. 72 S. 65, Bd. 76 S. 336, Bd. 78 S. 334, Bd. 83 S. 268

[181]) Allgem. Teil. I § 5 Anm. 42

[182]) Rechtsverh. S. 11 ff.

[183]) Lehrb. d. BR. (4. Aufl.) I § 86 II 2a

[184]) Zurückbehaltr. S. 27 ff.

[185]) Zurückbehaltr. S. 87 ff.

[186]) (-Siber) II 1 § 273 2a γ

[187]) II 1 § 273 I 1 a β

[188]) BR. II 1 § 57 II 3 a

[189]) BGB. II 1 § 273 2 b

[190]) Lehrb. d. BR. I § 126

[191]) (-Mitteis) Lehrb. d. BR. (8. Aufl.) I § 141 I 1 b

finden. Auf einige Begriffsbestimmungen der letzten Art wird noch im Verlaufe dieses Abschnittes einzugehen sein.

Die Gleichsetzung von „rechtlichem Verhältnis" und „Schuldverhältnis" nimmt Rieger [192]) vor, der auf dem Standpunkte steht, daß die beiderseitigen Ansprüche des § 273 BGB. nur schuldrechtlicher Natur sein und damit auch nur einem Schuldverhältnisse entspringen könnten. Seine Ansicht ist abzulehnen, weil es bei dem strengen Sprachgebrauche des Bürgerlichen Gesetzbuches unverständlich wäre, weshalb der Gesezgeber dann nicht den Ausdruck „Schuldverhältnis", vielmehr den Ausdruck „rechtliches Verhältnis" und noch dazu neben dem „Schuldverhältnisse" (§ 273 Abs. 1 BGB.) gebraucht hat. Die Wahl des Ausdruckes „rechtliches Verhältnis" im Sinne Riegers [193]) als Verlegenheitsprodukt zu bezeichnen, weil der Gesetzgeber das Konnexitätserfordernis habe zum Ausdrucke bringen wollen, sich indessen über den ins Auge gefaßten Konnexitätsbegriff noch nicht völlig im Klaren gewesen sei, ist nicht angängig. Denn wie sich noch zeigen wird, ergibt sich aus den Motiven [194]) mit Deutlichkeit, daß dem Gesetzgeber ein durchaus fester Konnexitätsbegriff vor Augen gestanden hat, daß der Gesetzgeber sich indessen davor hat hüten wollen, diesen Konnexitätsbegriff in der Formulierung zu eng zu umgrenzen. Auch die Behauptung Riegers, daß es sich bei beiden Ansprüchen des § 273 BGB. stets um schuldrechtliche Ansprüche handeln müsse, ist — so überzeugend sie auf den ersten Blick erscheinen mag — als unzutreffend zu verwerfen. Wie aus den Protokollen [195]) hervorgeht, war man sich bei Abfassung des Bürgerlichen Gesetzbuches darüber klar, daß das Zurückbehaltungsrecht des § 273 nicht auf das Schuldrecht beschränkt sein sollte und eigentlich in den Allgemeinen Teil gehörte. Die Durchbrechung der Systematik glaubte man indessen aus gewissen, hier nicht zu erörternden Bedenken heraus vornehmen zu müssen. Ob man trotz dieser Bedenken nicht besser daran getan hätte, das Zurückbehaltungsrecht systematisch in die Vorschriften des Allgemeinen Teiles einzureihen, mag hier dahingestellt bleiben. Daß das Zurückbehaltungsrecht des § 273 BGB. nicht auf das Gebiet des Schuldrechts beschränkt ist, wird heute wohl auch einmütig anerkannt.

Ist somit die von Rieger vorgenommene Gleichsetzung „rechtliches Verhältnis" = „Schuldverhältnis" zu verwerfen, so verfallen der Ablehnung auch die Ansichten derer, die — wie v. Thur, Rech - immerhin „rechtliches Verhältnis" und „Rechtsverhältnis" gleichsetzen wollen: Von einer „zufälligen Variation

---

192) Zurückbehaltr. S. 19, 21, 27 ff.
193) Zurückbehaltr. S. 27, 28
194) Mot. II S. 41, 42
195) Prot. I S. 311

des Sprachgebrauches“ [196]) darf für das Gebiet des sprachlich so streng abgefaßten Bürgerlichen Gesetzbuches keinesfalls gesprochen werden, insbesondere dann nicht, wenn — wie sich bald ergeben wird — aus einer so wichtigen Quelle wie den Motiven die Absicht deutlich hervorgeht!

Mit der Feststellung allein, d a ß der Gesetzgeber mit dem „rechtlichen Verhältnis“ des § 273 BGB. ganz offenbar etwas anderes hat ausdrücken wollen als sonst mit seinem „Rechtsverhältnis“, ist es indessen nicht getan. Die Aufgabe besteht vielmehr in erster Linie darin, aufzuzeigen, w o r i n der vom Gesetzgeber gewollte Unterschied liegt.

Der Bestimmung des Begriffes „Rechtsverhältnis“ stellen sich keine nennenswerten Schwierigkeiten entgegen, handelt es sich hier doch um einen Begriff, über den sich die Wissenschaft im wesentlichen einig sein muß und ist [197]). Ein „Rechtsverhältnis“ ist ein Inbegriff rechtlich bedeutsamer und (daher) rechtlich, d. h. gesetzlich geregelter Beziehungen, seien es nun Beziehungen zwischen Person und Person (Normalform), seien es solche zwischen Person und Sache oder gar zwischen Sache und Sache [198]). Was aber kann demgegenüber — unbefangen betrachtet — ein „rechtliches Verhältnis“ anderes sein als ein Inbegriff zwar rechtlich, d. h. für die Rechtsordnung bedeutsamer Beziehungen, die aber im Unterschiede zu den Beziehungen des „Rechtsverhältnisses“ der gesetzlichen Regelung entbehren?

Die Frage ist die, ob sich dieses soeben dem „Rechtsverhältnis“ terminologisch gegenübergestellte „rechtliche Verhältnis“ mit dem die Grundlage der Konnexität bildenden „rechtlichen Verhältnis“ des § 273 BGB. deckt.

Es ist bereits darauf hingewiesen worden, daß die M o t i v e wertvolle Aufschlüsse über die der Fassung des § 273 BGB. vorausgehenden Gedanken des Gesetzgebers geben. Was liegt also näher, als zunächst diese sprechen zu lassen? Den Motiven ist folgendes zu entnehmen: „Die Regel beruht auf dem Prinzipe, daß durch das Zurückbehaltungsrecht in der Tat eine exceptio doli geltendgemacht wird, daß es zum Schutze dient gegen einen dolus des Gegners, welcher darin besteht, daß dieser, indem er einen Anspruch ohne Rücksicht auf einen dem anderen Teile zustehenden Gegenanspruch erhebt, . . . gegen T r e u u n d G l a u b e n verstößt.“ Hätte der Gesetzgeber sich

---

196) v. Thur, Allgem. Teil I § 5 Anm. 42

197) vgl. Enneccerus-Nipperdey, Lehrb. d. BR. I 64 I; v. Thur, Allgem. Teil I § 5 I; Dernburg, BR. II 1 § 22; JherJahrb. Bd. 10 S. 343

198) Die bisweilen — so z. B. von Stammler, Lehrb. d. Rechtsphil. § 111 Anm. 6 — vertretene Ansicht, Rechtsverhältnisse seien nur als Beziehungen zwischen Personen denkbar, engt den Begriff ohne zwingenden Grund ein. — — Beziehungen zwischen Person und Recht – vgl. Enneccerus-Nipperdey, Lehrb. d. BR. I § 64 I — führen, je nach der Art des Rechtes, wieder zu Beziehungen zwischen Person und Person oder Person und Sache

mit dieser Fassung zufrieden gegeben, so hätte er das Zurückbehaltungsrecht zu einer exceptio doli (generalis) derart ausgestaltet, daß jede gegen Treu und Glauben verstoßende Nichtberücksichtigung eines Schuldneranspruches zur Leistungsverweigerung berechtigte. Der Gesetzgeber hat aber bewußt — dies ergibt sich vor allem aus der besonderen Anführung des § 226 BGB. — davon Abstand genommen, eine als solche gültige [199]) exceptio doli (generalis), ein Recht des Schuldners, sich jeder unbilligen Geltendmachung eines Rechtes zu widersetzen, zu schaffen [200]). Wird er sich doch darüber klar gewesen sein, daß eine generelle Einführung der exceptio doli (generalis) in das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches allgemein und als Grundlage dessen § 273 insbesondere dazu führen muß, daß „an Stelle des objektiven Rechtes und der durch dieses geschaffenen subjektiven Rechte mehr oder weniger bestimmte und gerechtfertigte Billigkeitserwägungen treten und von diesen die Ausübung der Rechte abhängig gemacht wird [201])". Der Gesetzgeber hat daher auch für das Zurückbehaltungsrecht des § 273 BGB. nach einer festeren Grundlage gesucht als sie bloße Billigkeitsgesichtspunkte darzustellen vermögen, und hat diese in dem Begriffe der K o n n e x i t ä t gefunden, bei deren Vorliegen allein ein Verstoß gegen Treu und Glauben zur Leistungsverweigerung berechtigen soll: „Es wird an dem Erfordernisse der Konnexität zwischen Anspruch und Gegenanspruch festgehalten". Der Gesetzgeber unterläßt daher nicht, die oben angeführte Darlegung seines Standpunktes dahin zu ergänzen, daß der bei der Geltendmachung des Anspruches dem Gläubiger zur Last fallende Verstoß gegen Treu und Glauben in „der Loslösung seines Anspruches von dem gesetzlichen oder natürlichen Zusammenhange mit dem Gegenanspruche und in der Ignorierung des letzteren" liegen müsse. Unter Konnexität verstehen die Motive somit den g e s e t z l i c h e n o d e r n a t ü r l i c h e n Z u s a m m e n h a n g z w i s c h e n A n s p r u c h u n d G e g e n a n s p r u c h, u. zw. im Sinne der Entscheidung des Reichsgerichtes Band 14 Seite 233, auf die ausdrücklich Bezug genommen wird.

Es liegt nun die Frage nahe, warum der Gesetzgeber bei Formulierung des Gesetzestextes dieser seiner Auffassung des Konnexitätsbegriffes, die er nicht nachweislich aufgegeben hat, nicht klarer Ausdruck verliehen hat als durch das undurchsichtige „Beruhen auf demselben rechtlichen Verhältnis". Die Antwort ergibt sich einmal aus den Motiven [202]) selbst: „Der Entwurf hütet sich jedoch, dieses Erfordernis" (das der Kon-

---

[199]) d. h. von anderen Faktoren als demjenigen von „Treu und Glauben" unabhängige; vgl. Kreß, Lehrb. d. Allgem. Schuldr. § 18 1 Anm. 17

[200]) vgl. Kreß § 18 1 Anm. 17 a. a. O.

[201]) RGZ. Bd. 86 S. 194

[202]) Mot. II S. 41

nexität) „durch spezielle Beschreibung oder Aufstellung von Kategorien näher zu präzisieren." Der Gesetzgeber hat also offensichtlich vermeiden wollen, daß eine knappe Festlegung des ins Auge gefaßten Konnexitätsbegriffes sich etwa als zu eng gewählt herausstellen könnte. Zum anderen aber wird der Gesetzgeber haben einsehen müssen, daß das Gesetz für eine erschöpfende Erläuterung des ins Auge gefaßten Begriffes keinen Raum hat zur Verfügung stellen können. So hat er es denn für richtig gehalten, seine Auffassung des Konnexitätsbegriffes in dem viel- und nichtssagenden Ausdrucke „aus demselben rechtlichen Verhältnis" anzudeuten, im übrigen aber den Richter unter Verweisung auf die von ihm vorgezeichneten Richtlinien die Frage der Konnexität prüfen zu lassen. Wenn man in diesem „aus demselben rechtlichen Verhältnis" einen Verlegenheitsausdruck im wahrsten Sinne des Wortes erblicken will, so geht dies sicherlich an; nur darf man nicht — wie Rieger [203]) — in seiner Behauptung soweit gehen, daß der Gesetzgeber sich über den ins Auge gefaßten Konnexitätsbegriff selbst noch garnicht im Klaren gewesen sei. Ungerechtfertigt ist auch der bisweilen — so z. B. von Laband [204]) — gegen den Gesetzgeber erhobene Vorwurf, er habe die Entscheidung über das Vorliegen der Konnexität völlig in das Ermessen des Richters gestellt; denn dem Richter ist durchaus nicht völlig freie Hand gelassen, vielmehr ist ihm aufgegeben, seine Entscheidung „auf Grund des erwähnten Prinzipes" zu treffen. Inwieweit dieses dem Richter vorgewiesene Prinzip seinerseits noch für ein Walten richterlichen Ermessens Raum läßt, ist allerdings eine zweite Frage.

Rufen wir uns noch einmal zurück, was die Motive [205]) über dieses Prinzip des Entwurfes aussagen!: „Das Zurückbehaltungsrecht findet also nicht wegen eines jeden" (wider Treu und Glauben übergangenen) „Gegenanspruches statt ohne Rücksicht darauf, ob er zu der schuldigen Leistung in einer Beziehung steht oder nicht; sondern es wird an dem Erfordernisse der Konnexität zwischen Anspruch und Gegenanspruch festgehalten („aus demselben rechtlichen Verhältnisse", . . .)." Die Erklärung für den — unverändert in das Bürgerliche Gesetzbuch übergegangenen — Konnexitätsbegriff „(Herrühren) aus demselben rechtlichen Verhältnis" geben die Motive im Vorhergehenden („also"!): „gesetzlicher oder natürlicher Zusammenhang zwischen Anspruch und Gegenanspruch". Was der Gesetzgeber wiederum unter diesem „gesetzlichen oder natürlichen Zusammenhang" der Ansprüche versteht, verdeutlicht er durch den unmittelbar folgenden Hinweis auf die in der Entscheidung des

---

203) s. S. 43 d. Abh.
204) Arch. f. d. Civil. Prax. Bd. 73 S. 193
205) Mot. II S. 41

Reichgerichtes Band 14 Seite 233 (ff.) [206]) getroffene Formulierung, die er sich damit offensichtlich zu eigen macht, — einen Hinweis, der allzuleicht zu übersehen ist und vielfach auch übersehen wird.

Beginnen wir mit denjenigen Ansprüchen, die infolge „gesetzlichen Zusammenhanges" konnex sind! Dieser „gesetzliche Zusammenhang" kann in uns zunächst nur recht unklare Vorstellungen erwecken. Versuchen wir daher aus der offensichtlich zur Erläuterung des Begriffes „gesetzlicher oder natürlicher Zusammenhang" herangezogenen Entscheidung des Reichsgerichtes (Bd. 14 S. 233 (ff.)) Gewißheit zu erlangen! Der Feststellung der Motive, daß zum Retentionsrechte ein „gesetzlicher oder natürlicher Zusammenhang" von Anspruch und Gegenanspruch gehört, entsprechen folgende Worte der Entscheidung, die sich mit den Gründen dieses Zusammenhanges der Ansprüche befassen: „ . . . Zum Retentionsrechte berechtigt . . . die natürliche, gewollte oder als gewollt vorauszusetzende Einheitlichkeit des faktischen Verhältnisses . . . nicht minder wie die rechtliche gegenseitige Bedingtheit . . ." (des Verhältnisses bzw. der das Verhältnis bildenden Beziehungen [207])). Die Gegenüberstellung „natürlich", „gewollt", „als gewollt vorauszusetzend", „faktisch" — „rechtlich" zeigt deutlich, daß mit den rechtlichen gegenseitig bedingten Beziehungen nur rechtlich, d. h. gesetzlich geregelte gegenseitig bedingte Beziehungen gemeint sein können. Befaßt sich die Entscheidung des Reichsgerichtes lediglich mit den gesetzlich geregelten Beziehungen des Gegenseitigkeitsverhältnisses — die sie nur der Hervorkehrung des Gegensatzes wegen anführt —, so hatte der Gesetzgeber einen notwendigen verallgemeinernden Schritt weiter zu gehen: Als Grund eines gesetzlichen Zusammenhanges der Ansprüche mußte er auch deren Hervorgehen aus Beziehungen anerkennen, die zwar nicht in gegenseitiger Bedingtheit, wohl aber insofern miteinander zusammenhängen, als sie — entsprechend den Beziehungen des einheitlichen faktischen Verhältnisses — ein einheitliches gesetzlich geregeltes Verhältnis darstellen. Ein gesetzlich geregeltes Verhältnis aber — und nur ein solches [208]) — ist ein Rechtsverhältnis. Von einem einheitlichen („demselben") Rechtsverhältnis sprechen wir aber dann, wenn die (anspruchbegründende) gesetzliche Regelung Beziehungen betrifft, denen ein und derselbe Tatbestand zugrundeliegt.

Auf einem derartigen einheitlichen („demselben") Rechtsverhältnisse beruhen und unter § 273 Abs. 1 BGB. fallen somit z. B. folgende Ansprüche:

---

206) Die Motive sprechen nur von der S. 233 als der Seite, auf der die Behandlung der Konnexität begonnen wird

207) Diese Ergänzung ergibt sich aus der Gegenüberstellung mit dem „faktischen" Verhältnis

208) s. S. 44 d. Abh.

1. Die Ansprüche aus einem gegenseitigen Vertrage, die sich nicht als Gegenansprüche, vielmehr im Verhältnis von Gegenzu (gegnerischem) Nebenanspruch gegenüberstehen (hierher gehören also die auf S. 29 d. Abh. in Bezug auf § 320 BGB. ausgeschiedenen Ansprüche des Vermieters auf den Mietzins gegenüber dem Anspruche des Mieters auf Verwendungsersatz und des Buchhalters auf Vergütung gegenüber dem Anspruche des Prinzipals auf Herausgabe der Geschäftsbücher); 2. die Ansprüche aus unvollkommen zweiseitigen Verträgen (hier also sind die Ansprüche des Verwahrers und Beauftragten auf Aufwendungsersatz (§§ 693, 670 BGB.) gegenüber den Ansprüchen des Hinterlegers auf Verwahrung (§ 681 BGB.) und des Auftraggebers auf Geschäftsbesorgung (§ 662 BGB.) sowie die Ansprüche des Verleihers aus den §§ 601, 603, 604 BGB. gegenüber dem Anspruche des Entleihers auf Gebrauchsgestattung (§ 598 BGB.) einzuordnen; s. auch S. 25, 26, 30 d. Abh.); 3. die Ansprüche aus nichtvertraglich-gegenseitigen Schuldverhältnissen (hier also finden die aus der Erteilung des Zuschlages, der Vornahme der Enteignung und der Ausübung von Vor- und Wiederkaufsrechten entstehenden gegenseitigen Ansprüche ihren Platz, s. S. 27, 28 d. Abh.); 4. die Bereicherungsansprüche, die sich aus der Nichtigkeit bzw. Anfechtung eines erfüllten Vertrages, dem Ausfall einer Bedingung im aufschiebend bedingten, bereits erfüllten Vertrage ergeben, s. S. 28 d. Abh.). — — Im Beispiele 1) ist dabei der den Wechselbeziehungen der beiden Vertragsparteien zugrundeliegende einheitliche Tatbestand der Vertragsschluß. Das gleiche gilt für das Beispiel 2) insofern, als auch dessen erst durch ein späteres Verhalten eines der beiden Vertragsteile ausgelöste Beziehungen und die wiederum aus ihnen kraft gesetzlicher Regelung (§§ 693, 670, 602 BGB.) folgenden Ansprüche ebenso wie die bereits durch den Vertragsabschluß ins Leben gerufenen Beziehungen und Ansprüche (§§ 688, 662, 598 BGB.) Beziehungen und Ansprüche dieses Vertrages darstellen. In den Beispielen 3) und 4) liegt der einheitliche Tatbestand in der Erteilung des Zuschlages, der Vornahme der Enteignung, der Ausübung des Vor- oder Wiederkaufsrechtes, der Vernichtung des bereits erfüllten Vertrages, dem Ausfalle der aufschiebenden Bedingung in diesem.

Über die Feststellung hinaus, daß wir bei einheitlichem Tatbestande und gesetzlicher Regelung der sich aus diesem ergebenden Beziehungen von einem einheitlichen Rechtsverhältnisse zu sprechen haben, sei die Frage unerörtert, ob die Einheitlichkeit des Rechtsverhältnisses zerstört wird, wenn (bei einheitlichem Tatbestande) die gesetzlichen Regeln verschiedenen Rechtsinstituten zugehören [209]): Wird doch das eine einleuchten, daß in den hiermit streitigen Fällen — zufolge des gleichen zu-

---

[209]) vgl. Schlegelberger, Zurückbehaltr. S. 86, 87

grundeliegenden Tatbestandes — stets jedenfalls ein einheitliches rechtliches Verhältnis vorliegt.

Wir sind zu dem Ergebnis gelangt, daß das „rechtliche Verhältnis" des § 273 Abs. 1 BGB. das „Rechtsverhältnis" umfaßt — einem Ergebnis, das einerseits insofern überrascht, als es sich mit unserem auf terminologischer Grundlage gewonnenen Ergebnis [210]) nicht deckt, das aber andererseits auch naheliegt: Es wäre unverständlich, wenn der Gesetzgeber bei Vorhandensein zweier sich gegenüberstehender Ansprüche das wichtige „Rechtsverhältnis" (das ja durchaus nicht immer gegenseitiges Vertragsverhältnis zu sein braucht: § 320 BGB.!) als Grundlage des Zurückbehaltungsrechtes nicht hätte anerkennen wollen, wohl aber das weniger wichtige „rechtliche Verhältnis" (i. e. S.)!

Was aber bedeutet gegenüber dem gesetzlichen der „natürliche Zusammenhang" von Anspruch und Gegenanspruch? Auch hier ist eine Beanwortung der Frage nur unter Zugrundelegung der von den Motiven ausdrücklich angeführten Reichsgerichtsentscheidung Bd. 14 S. 233 (ff.) möglich. Dem „natürlichen Zusammenhange" der Motive entspricht (als Grund des Zusammenhanges) die „natürliche, gewollte oder als gewollt vorauszusetzende Einheitlichkeit des faktischen Verhältnisses" der Entscheidung. Sind wir bei der Untersuchung, wann von einem einheitlichen Rechtsverhältnis gesprochen werden kann, auf nur unwesentliche Schwierigkeiten gestoßen, so gestaltet sich die Feststellung des Vorliegens eines einheitlichen faktischen Verhältnisses bedeutend schwieriger.

Zunächst liegt — mit Rücksicht auf unsere terminologische Gegenüberstellung „Rechtsverhältnis" — „rechtliches Verhältnis" [211]) folgendes nahe: Von einem einheitlichen („demselben") faktischen Verhältnis haben wir dann zu sprechen, wenn wir ein Verhältnis vor uns haben, bei dem sämtliche Beziehungen zwar dem gleichen Tatbestande entspringen, keine [212]) dieser Beziehungen jedoch (nach der Anspruchsbegründung hin) eine gesetzliche Regelung aufweist. Als derartige Verhältnisse, deren sich gegenüberstehende Ansprüche sich also nicht auf gesetzliche

---

210) s. S. 44 d. Abh.

211) s. S. 44 d. Abh.

212) Um überflüssige Komplikationen zu vermeiden, sollen diejenigen Verhältnisse, bei denen nur die dem einen Anspruch zugrundeliegende Beziehung gesetzlich geregelt ist — wie dies beim sog. gemischten Vertrag der Fall sein kann (s. u.!) —, (bei einheitlichem Tatbestande) als einheitliche Rechtsverhältnisse angesehen werden. Darüber hinaus sollen — aus dem gleichen Grunde — sogar sich gegenüberstehende Ansprüche (bei einheitlichem Tatbestande!) dann als aus demselben Rechtsverhältnis herrührend betrachtet werden, wenn sie beide ihre Entstehung nicht einer gesetzlichen Regelung der ihnen zugrundeliegenden Beziehungen, vielmehr allein der diese Beziehungen betreffenden Parteivereinbarung verdanken, wenn daneben aber immerhin andere als die ihnen zugrundeliegenden Beziehungen gesetzlich geregelt sind

Regelung, vielmehr allein auf den bloßen Parteiwillen gründen, können nur die sog. (völlig) atypischen Verträge wie etwa der Trödel- oder der Garantievertrag in Betracht kommen (einheitlicher Tatbestand: Vertragsabschluß!). Doch dürften die aus dem Abschlusse eines derartigen atypischen Vertrages sich ergebenden und sich gegenübertretenden Ansprüche wohl nur als Gegenansprüche des strengen Gegenseitigkeitsverhältnisses (§ 320 BGB.!) vorkommen, sodaß es insoweit kaum lohnt, einen besonderen Begriff eines kraft Einheitlichkeit des zugrundeliegenden Tatbestandes einheitlichen faktischen Verhältnisses aufzustellen.

Dieser Begriff gewinnt indessen dann Bedeutung, wenn man — der wohl abzulehnenden — Ansicht folgt, daß die Zugehörigkeit der sich auf den gleichen Tatbestand beziehenden Rechtsregeln zu verschiedenen Rechtsinstituten die Einheitlichkeit des Rechtsverhältnisses sprengt [213]).

Man braucht hier garnicht auf immerhin bedenkliche Fälle abzustellen, wie sie Schlegelberger [214]) mit seinen §§ 450 Abs. 2, 547 Abs. 2 und 994 Abs. 2 BGB. anführt, §§, die nicht im Rahmen der sie umfassenden Rechtsinstitute (Kauf, Miete, Eigentum) eine den Vorschriften der Geschäftsführung ohne Auftrag entsprechende Regelung gefunden hätten, vielmehr aus den ihnen eigenen Rechtsinstituten hinaus in das der Geschäftsführung ohne Auftrag verwiesen worden seien: Zu nahe nur liegt doch das große Gebiet der sog. gemischten Verträge, deren Wesen es ja ist, daß bei einheitlichem Vertragsschlusse (also einheitlicher Tatbestand!) verschiedenen Rechtsinstituten zugehörige Rechtsregeln Platz greifen. Nehmen wir also beispielsweise einen sog. Portiervertrag an, durch den sich A dem B gegenüber zur Überlassung einer Wohnung gegen Leistung von Diensten verpflichtet. Dieser Vertrag bildet ein Konglomerat von Miet- und Dienstvertrag, auf das (grundsätzlich) die Vorschriften über den Miet- wie über den Dienstvertrag nebeneinander Anwendung finden. Es kann kein Zweifel darüber bestehen, daß dem Anspruche des A auf Leistung der Dienste der Anspruch des B auf Überlassung der Mietwohnung als Gegenanspruch (im strengen Sinne) gegenübersteht, nicht indessen auch sein Anspruch auf Ersatz von auf die Mietwohnung gemachten notwendigen Verwendungen, der sich lediglich als (gegenüberstehender) Nebenanspruch darstellt [215]) (also keine Anwendung des § 320 BGB.!). Trotz Zugehörigkeit der die beiden Ansprüche schaffenden gesetzlichen Regeln (§§ 547 Abs. 1, 611 BGB.) zu verschiedenen Rechtsinstituten (Miet-, Dienstvertrag) beruhen gleichwohl der Verwendungsersatzanspruch des B wie der Anspruch des A auf Leistung der Dienste zufolge der Einheitlichkeit des zugrunde-

---

213) s. S. 48, 49 d. Abh.
214) Zurückbehaltr. S. 86, 87
215) s. S. 29, 30 d. Abh.

liegenden Tatbestandes (Vertragsabschluß!), wenn nicht auf einem einheitlichen („demselben") Rechtsverhältnis, so jedenfalls auf einem einheitlichen („demselben") faktischen = rechtlichen Verhältnis.

Die Einheitlichkeit des zugrundeliegenden Tatbestandes schafft die „natürlichste" Einheitlichkeit des faktischen Verhältnisses. Wollten wir in dieser aber den einzigen Grund des natürlichen Zusammenhanges der beiderseitigen Ansprüche sehen, so würden wir den Begriff „aus demselben rechtlichen Verhältnis" über den Begriff „aus demselben Rechtsverhältnis" nur sehr unwesentlich hinausführen. Unsere für die Erklärung des Begriffes „aus demselben rechtlichen Verhältnis" so bedeutsame Entscheidung des Reichsgerichtes spricht indessen auch nicht nur von dieser natürlichsten, vielmehr ganz allgemein von einer „natürlichen" und darüber hinaus von einer „gewollten oder als gewollt vorauszusetzenden Einheitlichkeit des faktischen Verhältnisses". Mit der so gearteten Einheitlichkeit des faktischen Verhältnisses hat das Reichsgericht keinen neuen Begriff geprägt. Die Entscheidung übernimmt vielmehr in ihrem das Zurückbehaltungsrecht bzw. die Konnexität behandelnden Abschnitte die Konnexitätslehre Goldschmidts [216]). Dies zeigt sich deutlich darin, daß die Entscheidung an zwei Stellen ausdrücklich auf die Lehre Goldschmidts verweist. Mag auch diese Verweisung gerade bei dem Teile fehlen, der den Gesamtbegriff der „natürlichen usw. Einheitlichkeit des faktischen Verhältnisses" enthält, so geht doch aus der fast wörtlichen Übereinstimmung der Begriffe („natürlich" — „gewollt" — „als gewollt vorauszusetzend") die Übernahme der Goldschmidt'schen Lehre [217]) unzweifelhaft hervor.

Der Kernpunkt der Lehre Goldschmidts liegt darin, daß die Einheitlichkeit des zugrundeliegenden Tatbestandes unmaßgeblich sein, vielmehr Konnexität auch dann anzunehmen sein soll, wenn die Ansprüche einem „Komplex von Rechtsverhältnissen" (mit damit verschiedenen Tatbeständen) „angehören, welche nach der Natur der Sache oder nach dem Willen der Beteiligten eine (natürliche — gewollte) Einheit bilden."

Eine natürliche („nach der Natur der Sache" [218])) Einheit der Rechtsverhältnisse (als Anspruchsgrundlagen) und damit ein natürlicher Zusammenhang zwischen Anspruch und Gegenanspruch oder lediglich ein solcher Zusammenhang der Ansprüche liegt nach Goldschmidt in folgenden Fällen vor, die als Beispiele („insbesondere") angeführt werden: Einmal dann, wenn der eine Anspruch ein Herausgabeanspruch ist, der Gegen-

---

216) Handb. d. Handelsr. I 2 § 94 3

217) vgl. vor allem S. 975, 979 a. a. O.

218) i. S. nach der Natur der Sachlage! Auch G. sieht die Zurückbehaltung von Leistungen jeder Art für zulässig an; s. S. 13 d. Abh.

anspruch indessen auf Ersatz von auf die herausverlangte Sache gemachten Verwendungen gerichtet ist; zweitens da, wo Anspruch und Gegenanspruch demselben obligatorischen Verhältnis entspringen; endlich in den Fällen, in denen dem Herausgabeanspruch des Berechtigten ein Anspruch des Herausgabepflichtigen auf Ersatz desjenigen Schadens gegenübersteht, der durch die herausverlangte Sache verursacht worden ist. Das zweite Beispiel läßt deutlich erkennen, daß Goldschmidt die Fälle der Entstehung der Ansprüche aus ein und demselben Rechtsverhältnisse mit einbegreift. Nach BGB. würde auch im ersten Falle insoweit zweifellos eine Entstehung der Ansprüche aus demselben Rechtsverhältnisse vorliegen, als es sich um den dinglichen Herausgabeanspruch und den Verwendungsersatzanspruch aus § 994 Abs. 1 [219]) BGB. handelte. Für die Deutung des „natürlichen Zusammenhanges" der Motive am interessantesten ist indessen das von Goldschmidt an dritter Stelle angeführte Beispiel. Hier handelt es sich zweifellos um Ansprüche, die verschiedenen Rechtsverhältnissen entspringen: der Herausgabeanspruch dem Verhältnis zwischen Herausgabeberechtigtem und -verpflichtetem, der Schadensersatzanspruch dagegen dem Verhältnis zwischen Schadensersatzberechtigtem und -verpflichtetem, einem Verhältnis, das auf einem ganz anderen Tatbestande aufgebaut ist als jenes. Die Beantwortung der Frage, wodurch in diesem Falle der natürliche Zusammenhang der beiden verschiedenen Rechtsverhältnisse herbeigeführt wird, bleibt Goldschmidt allerdings schuldig. Er deutet an einer Stelle [220]) lediglich an, worin er das verbindende Merkmal erblickt: in der Entstehung, der Herkunft der Rechtsverhältnisse. Da es einleuchten wird, daß ein natürlicher Zusammenhang der Rechtsverhältnisse nicht deswegen bejaht werden kann, weil deren sämtliche oder auch nur einzelne (gemeinschaftliche) Beziehungen [221]) den gleichen Rechtsnormen unterstehen — dies würde eine zu formaljuristische Betrachtung auf Kosten verständiger Wertung der tatsächlichen Zusammengehörigkeit bedeuten [222]) —, so liegt die von Goldschmidt angedeutete Auffassung nahe.

---

[219]) Zu § 994 Abs. 2 BGB. (einheitliches rechtliches Verhältnis?) s. S. 50, 48, 49 d. Abh.

[220]) Handb. d. Handelsr. I 2 § 94 Anm. 23: „nicht nur die natürliche, d. h. auf dem inneren Zusammenhange . . . nach Entstehung . . . beruhende Einheit . . ."

[221]) bzw. diesen wiederum zugrundeliegende Tatbestände

[222]) So mit Recht Oertmann (BGB. II 1 § 273 2b β) gegen Rech, der als Vertreter der abzulehnenden Ansicht, daß das „rechtliche Verhältnis" des § 273 Abs. 1 BGB. dem „Rechtsverhältnis" gleichzusetzen sei (Rechtsverh. S. 12), insofern hervorgehoben zu werden verdient, als er den Begriff eines Rechtsverhältnisses recht weit faßt und somit in einer ganzen Reihe von Fällen zu für § 273 Abs. 1 BGB. durchaus brauchbaren Ergebnissen gelangt. Ein Rechtsverhältnis ist nach ihm (S. 26 a. a. O.) „der Inbegriff aller zwischen zwei Personen bestehenden Rechtsbeziehungen, die in der Art miteinander verwandt sind, daß die Anwendbarkeit einer Rechtsnorm auf die den sämtlichen Tatbeständen gemeinsamen Tatsachen" (also keine Einheitlichkeit des Tatbestandes!) „gegeben ist"

Die beste Ausgestaltung dieses von Goldschmidt nur angedeuteten Teiles seiner Lehre findet sich m. E. bei Endemann [223]). Nach ihm „beruht das Erfordernis der Konnexität auf der Voraussetzung, daß Schuld und Anspruch, wenngleich die Entstehungsgründe sich aus verschiedenen, selbständigen Tatbeständen herleiten, doch aus einer Wurzel entsprungen sind und der Ausübung nach in rechtlich anzuerkennender Gebundenheit voneinander stehen." Nach Endemann liegt also das die auf verschiedenen Tatbeständen aufgebauten verschiedenen Rechtsverhältnisse verbindende Merkmal in deren Zurückführbarkeit auf ein und dieselbe Wurzel. Auch die Lehre Endemanns, die sich jedenfalls in der Aufweisung des Merkmales eines (nicht näher bezeichneten) gemeinsamen Wurzelursprungs als lediglich bildhaft darstellt, bedarf jedoch noch der Vervollständigung. Worauf Oertmann [224]) mit Recht hinweist, birgt die Endemann'sche Lehre die Gefahr unangemessener Ausdehnung des Begriffes „natürlicher Zusammenhang (der beiderseitigen Ansprüche)" in sich. Endemann ist sich zwar bewußt, daß der Zurückführbarkeit der Rechtsverhältnisse (als Anspruchsgrundlagen) auf eine gemeinsame Wurzel Grenzen gezogen werden müssen — daher die Einschränkung, die Ansprüche müßten ihrer Ausübung nach in rechtlich anzuerkennender Gebundenheit voneinander stehen —, er nimmt indessen davon Abstand, für diese Begrenzung Richtlinien aufzustellen. Er überläßt vielmehr die Abmessung der Einzelfälle ausdrücklich dem freien richterlichen Ermessen. Endemann achtet damit den in den Motiven [225]) zum Ausdruck gelangten Grundsatz, daß „der Richter unbehindert sein soll, im Einzelfalle durch Prüfung auf Grund des erwähnten Prinzipes" — das, wie gezeigt, noch Raum genug für ein Walten richterlichen Ermessens gelassen hat —, „zu entscheiden". Auf eines ist daher auch von vornherein mit Nachdruck hinzuweisen: Wenn im Folgenden an einen Ausbau der Endemann'schen Lehre gegangen wird, so kann es sich keinesfalls darum handeln, dem freien richterlichen Ermessen Gewalt anzutun, vielmehr lediglich darum, dem Richter Richtlinien an die Hand zu geben, die ihm die Prüfung des Einzelfalles erleichtern — Richtlinien allerdings, die sich, um für den Richter eine Unterstützung bedeuten zu können, enger an die Bahnen des positiven Rechtes halten als die vom Reichsgerichte in so mancher Entscheidung [226]) vorgezeichneten!

Geht man mit Endemann soweit, daß die Einheitlichkeit des rechtlichen Verhältnisses nicht aus Gründen zu folgen braucht, die in und zwischen den das rechtliche Verhältnis

---

223) Lehrb. d. BR. I § 126
224) BGB. II 1 § 273 2b β
225) Mot. II S. 41
226) vgl. z. B. RGZ. Bd. 57 S. 6: „einheitliches Lebensverhältnis"; Bd. 78 S. 336: „wirtschaftlicher Zusammenhang"

bildenden Rechtsverhältnissen selbst liegen, daß vielmehr diese Gründe auch außerhalb derselben liegen können (Entstehung aus einem gemeinsamen dritten, rückliegenden Tatbestande („Wurzel")), so erscheint es selbstverständlich, daß diese Außenbeziehungen jedenfalls rechtliche, d. h. für die Rechtsordnung bedeutsame sein müssen: Nur so kann sich die Konstruktion eines einheitlichen rechtlichen Verhältnisses rechtfertigen lassen. Es kann demnach nur auf denjenigen Zusammenhang zwischen der „Wurzel" und der Entstehung des Rechtsverhältnisses als Anspruchsgrundlage ankommen, der für die Rechtsordnung wertvoll ist. Zunächst kann kein Zweifel darüber herrschen, daß nicht jeder irgendwie geartete (äußere) Anlaß, Anstoß einen derartigen für die Rechtsordnung wertvollen Zusammenhang schaffen kann. Vielmehr muß zwischen dem Wurzelursprunge einerseits und jedem der aus ihm herrührenden Rechtsverhältnisse [227]) andererseits — um sich als rechtlich darzustellen — ein engerer, innerlicherer Zusammenhang bestehen, den wir als ursächlichen Zusammenhang [228]) zu bezeichnen gewöhnt sind. Dieser ursächliche Zusammenhang ist Gegenstand der zahlreichen sog. Kausalitätstheorien. Für diese gilt folgendes: Die Bejahung des Erfordernisses eines für die Rechtsordnung brauchbaren ursächlichen Zusammenhanges führt zur Ablehnung der philosophischen Kausalitätsauffassung, die als Ursache die Gesamtheit der am Erfolge irgendwie beteiligten Bedingungen betrachtet. Aber mit der Verweisung auf die Kausalitätsauffassungen juristischen Ursprungs sind wir erst einen kleinen Schritt vorwärts gelangt. Wir sehen uns hier einer Reihe der verschiedensten Theorien gegenüber. Zur Frage der Kausalität kritisch Stellung zu nehmen, kann und soll nicht Aufgabe der vorliegenden Abhandlung sein. Es sei deshalb auf die beiden in Wissenschaft und Praxis vorherrschenden Theorien zurückgegriffen: die auf v. Buri [229]) zurückzuführende — von den Strafsenaten des Reichsgerichts vertretene [230]) — sog. Bedingungs- (sine qua non-) Theorie und die von v. Bar [231]) und v. Kries [232]) begründete — von den Zivilsenaten des Reichsgerichts vertretene [233]) — sog.

---

227) bzw. zunächst der diesen wiederum zugrundeliegenden Tatbestände, hinter die dann noch, praktisch ohne Bedeutung, die aus ihnen folgenden Beziehungen zu schalten sind. Dies will deshalb gesagt sein, weil die juristische herrschende Kausalitätslehre sich auf Tatsachen, nicht indessen auf Rechtsfolgen bezieht

228) die begriffsmäßig — abgesehen von ihrer Bedeutung für das Strafrecht — ja nicht auf die Schadensersatzlehre des bürgerlichen Rechts beschränkt ist. Sie hat vielmehr überall da Bedeutung, wo an den ursächlichen Zusammenhang — sei es allein, sei es in Verbindung mit anderen Faktoren — irgendwelche Rechtsfolgen geknüpft werden

229) „Die Kausalität" (1873)

230) vgl. RGSt. Bd. 54 S. 349, Bd. 56 S. 343, Bd. 59 S. 119, Bd. 61 S. 318

231) „Die Lehre vom Causalzusammenhange im Rechte" (1871)

232) „Über den Begriff der objektiven Möglichkeit" (1888)

233) vgl. RGZ. Bd. 72 S. 326, Bd. 81 S. 360, Bd. 104 S. 143, Bd. 106 S. 14

Theorie des adäquaten Kausalzusammenhanges. Die Bedingungstheorie, nach der jede Bedingung als Ursache zu werten ist, die nicht hinweggedacht werden kann, ohne daß nicht gleichzeitig auch der Erfolg entfiele, ist für das Gebiet des bürgerlichen Rechtes — und darüber herrscht heute wohl Einmütigkeit — mit Entschiedenheit abzulehnen; ihre Annahme würde insbesondere in der Schadensersatzlehre zu den unhaltbarsten Ergebnissen führen. Der Bedingungstheorie dürfte darüber hinaus aber auch für das Strafrecht — entgegen der Praxis der Strafsenate des Reichsgerichts — die Anerkennung zu versagen sein: Unterscheidet sie sich doch von der philosophischen Kausalitätsauffassung lediglich darin, daß sie nicht die Gesamtheit der am Erfolge irgendwie beteiligten Bedingungen, vielmehr jede einzelne derartige Bedingung als (gleichwertige) Ursache ansieht. Mit der Wertung jeder am Erfolge nur irgendwie beteiligten Bedingung als Ursache hat die Bedingungstheorie aber mit der philosophischen Kausalitätsauffassung gemeinsam, daß Bedingungen zu Ursachen gestempelt werden, die für die Rechtsordnung von keinerlei Bedeutung sind. Aufgabe einer juristischen Kausalitätslehre aber muß es sein, „aus der unendlichen Zahl von Bedingungen, deren Gesamtheit die Ursache im philosophischen Sinne ausmacht, diejenigen auszuwählen, die von der Anschauung des praktischen Lebens" — dessen Regelung allein die Rechtsordnung dient — „als Ursache anerkannt werden [234])". Daß die Bedingungstheorie im Gebiete des Strafrechts zu brauchbaren Ergebnissen führt, besagt nichts für ihre Richtigkeit; wirkt dort doch die Verschuldensfrage ausgleichend und verhindert unhaltbare Ergebnisse. Daß bei Wegfall dieses Ausgleichsmomentes — vgl. die sog. durch den Erfolg qualifizierten Delikte, bei denen ohne erhöhtes Verschulden verschärft zur Rechenschaft gezogen wird — auch die Strafrechtslehre auf die Theorie des adäquaten Kausalzusammenhanges zurückgreift [235]), stellt den stärksten Beweis für die Richtigkeit dieser Theorie auch für das Gebiet des Strafrechtes dar. Die Richtigkeit der Bedingungstheorie für das Strafrecht dahingestellt: Wir befinden uns mit unserer Konnexitätslehre auf bürgerlichrechtlichem Boden!

Daß die Bedingungstheorie für das bürgerliche Recht allgemein abzulehnen ist und abgelehnt wird, ist bereits bemerkt worden. Zur Ablehnung dieser Theorie für unsere Konnexitätsauffassung insbesondere aber zwingt auch folgende Überlegung: Wollten wir als konnexitätschaffende gemeinsame Ursache eine solche im Sinne der Bedingungstheorie ansehen, so würden wir — dies mag lächerlich erscheinen, ist jedoch konsequent — als letzte gemeinsame Ursache der (Tatbestände [236])) Rechtsverhält-

---

234) Staudinger II 1 Vorbem. zu § 249 IV 2d
235) vgl. Frank, Strafgesb. § 1 III 2b
236) s. S. 54 Anm. 227 d. Abh.

nisse, aus denen die sich gegenüberstehenden Ansprüche hervorgegangen sind, stets die Geburt eines jeden der betr. Gläubiger bzw. Schuldner ansehen können. Dies aber hieße die Konnexität der Ansprüche stets als gegeben betrachten bzw. von dem Erfordernisse der Konnexität praktisch absehen! Wir schließen uns also der Theorie des adäquaten Kausalzusammenhanges an und gelangen — ohne auf deren verschiedene Erscheinungsformen [237]) einzugehen — zu folgendem Ergebnis: Die gemeinsame Wurzel muß, um als gemeinsame Ursache der Entstehung der verschiedenen Tatbestände [236]) und der aus diesen wiederum folgenden Rechtverhältnisse gewertet werden zu können, folgendermaßen beschaffen sein: Sie muß — bei genauester Berücksichtigung ihrer sämtlichen Tatbestandsmerkmale — die Entstehung der (Tatbestände [236])) Rechtsverhältnisse nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge und der Erfahrung des Lebens von vornherein haben erwarten, jedenfalls aber vernünftigerweise mit ihr haben rechnen lassen. Dabei kann sie als Ursache auch dann gewertet werden, wenn sie nur im Zusammenwirken mit anderen Bedingungen diesen Erfolg herbeigeführt hat und hat herbeiführen können, nur darf diese Mitwirkung sich nicht als eine von vornherein nicht zu erwartende, aus jeglicher Lebenserfahrung heraustretende eigenartige Verkettung von Umständen darstellen [238]). Die Wurzel braucht dabei nicht selbst wieder ein Rechtsverhältnis oder auch nur ein rechtliches Verhältnis darzustellen, sie kann vielmehr jeder erdenklichen Art sein. Um einem etwaigen Vorwurfe zu begegnen, daß mit diesem Zugeständnis der Versuch einer möglichst eingehenden Formulierung des Konnexitätsbegriffes bereits gescheitert sei, sei vorsorglich bemerkt, daß es auf die Wurzel = Ursache selbst ja in keiner Weise ankommt, wohl aber auf die Spanne zwischen Wurzel = Ursache und den aus ihr folgenden (Tatbeständen) Rechtsverhältnissen, den ursächlichen Zusammenhang. In der Regel wird die Wurzel ein Rechtsverhältnis und hier wiederum für gewöhnlich ein Vertragsverhältnis sein. So kann etwa die Wurzel zweier gleichzeitig (s. u.! [239])) getätigter, indessen völlig selbständiger Vertragsabschlüsse ein dritter ihnen vorhergehender Vertragsabschluß sein. Für die Frage nach der Konnexität der sich aus den beiden verschiedenen Vertragsverhältnissen gegenüberstehenden Ansprüche kommt es somit darauf an, ob dieser dritte Vertragsabschluß (konkret betrachtet) als Ursache der beiden ihm folgenden Vertragsabschlüsse nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge und der Lebenserfahrung den Abschluß dieser Verträge von vornherein hat erwarten lassen, oder ob mit derartigen Abschlüssen vernünftigerweise nicht hat gerechnet werden

---

[237]) vgl. Enneccerus-Lehmann, Lehrb. d. BR. II § 11
[238]) WarnEnt. Ergänzungsbd. VIII (1915) Nr. 50 S. 68
[239]) s. S. 57—61 d. Abh.

können. Man wird daher z. B. Konnexität der sich aus den beiden späteren Verträgen ergebenden Ansprüche dann anzunehmen haben, wenn der „Wurzel"vertrag auf Lieferung einer Maschine gerichtet gewesen ist und die hierauf gleichzeitig, indessen völlig selbständig abgeschlossenen Nachverträge die Lieferung eines Ersatzteiles a bzw. b zum Gegenstande haben, nicht aber dann, wenn der „Wurzel"vertrag etwa auf Lieferung von Kolonialwaren gegangen ist.

Was für zwei Verträge gilt, hat entsprechend seine Geltung auch für drei und mehr (gleichzeitig erfolgende) Vertragsabschlüsse wie für die Entstehung dreier oder mehrerer (Tatbestände [240])) Rechtsverhältnisse überhaupt. Sämtliche aus dieser Mehrheit von Vertrags(Rechts-)verhältnissen — einschl. des „Wurzel"vertrags(rechts-)verhältnisses — herrührenden Ansprüche sind demnach konnex. — — Doch braucht die Wurzel zweier Vertragsabschlüsse durchaus nicht immer wiederum ein bestimmter Vertragsabschluß zu sein, sie kann vielmehr z. B. auch in der bloßen Anknüpfung von Geschäftsbeziehungen liegen [241]). Die an den ursächlichen Zusammenhang zwischen dieser Anknüpfung von Geschäftsbeziehungen einerseits und jedem der beiden Vertragsabschlüsse andererseits zu stellenden Anforderungen bleiben die gleichen.

Soweit die nähere Ausgestaltung der Lehre Endemanns! Darüber hinaus ist aber auch eine Erweiterung seiner Lehre dringend geboten: Geht man soweit, die Einheitlichkeit des rechtlichen Verhältnisses schon dann anzunehmen, wenn die Verbindung der einzelnen Rechtsverhältnisse durch (gemeinsame) Außenbeziehungen erfolgt, so muß dies erst recht dann geschehen, wenn die Verbindung durch Innenbeziehungen hergestellt wird, m. a. W.: Wird Konnexität bereits dann als vorliegend erachtet, wenn sich die (Tatbestände) Rechtsverhältnisse (als Anspruchsgrundlagen) wegen adäquat-ursächlicher Zurückführbarkeit auf eine gemeinsame Wurzel zu einem einheitlichen rechtlichen Verhältnis zusammenfassen lassen, so erst recht dann, wenn diese Verbindung sich auf eine adäquat-ursächliche [242]) Abhängigkeit des einen Rechtsver-

---

240) s. S. 54 Anm. 227

241) vgl. auch OLGZ. Bd. 38 S. 53: „Denn beide Ansprüche haben ihre gemeinschaftliche Wurzel in dem wechselseitigen Geschäftsverkehr der Parteien"

242) Daß als ursächlicher Zusammenhang nur ein solcher im Sinne der adäquaten Theorie in Frage kommt, ist bereits bemerkt worden; s. S. 54–56 d. Abh. Den ursächlichen Zusammenhang der Rechtsverhältnisse als solchen erkennt auch das Reichsgericht in einer vereinzelten Entscheidung (Bd. 72 S. 66) als für das Vorliegen eines einheitlichen rechtlichen Verhältnisses maßgeblich an: „Dieser ursächliche Zusammenhang genügt zur Annahme desselben rechtlichen Verhältnisses im Sinne des Abs. 1 des § 273 BGB.". Wir würden allerdings im dort behandelten Falle sogar ein einheitliches Rechtsverhältnis anzunehmen haben; s. S. 47, 48 d. Abh.

hältnisses (bzw. des ihm zugrundeliegenden Tatbestandes [243])) vom anderen stützen läßt. Eine derartige Verbindung wird weit häufiger sein als die durch adäquat-ursächliche Zurückführbarkeit auf eine gemeinsame Wurzel herbeigeführte und insbesondere dann vorliegen, wenn die verschiedenen Rechtsverhältnisse nacheinander entstanden sind. Zur Veranschaulichung sei als Beispiel einmal der unserer schon mehrfach angeführten Reichsgerichtsentscheidung (Bd. 14 S. 233 ff.) zugrundeliegende Fall — in seinen für uns wesentlichen Punkten — erörtert: Eine Baugesellschaft hatte mit dem Kläger, einem Eisenbahnbauunternehmer, im Oktober 1872 einen Vertrag betr. die Ausführung einiger Tunnel auf einer neuanzulegenden Strecke geschlossen. Diesem Vertrag folgte im Februar 1873 ein zweiter Vertrag, der die Ausführung der Gleisanlage auf eben dieser Strecke durch den Kl. zum Gegenstande hatte [244]). Gemäß diesem zweiten Vertrage erhielt der Kl. seitens der Baugesellschaft die Eisenbahnschienen für die Arbeitsgeleise und einige Materialien zur Verfügung gestellt. Die Baugesellschaft wurde bald darauf zahlungsunfähig. Kl., geneigt, bis zur Befriedigung wegen seiner Forderungen das Zurückbehaltungsrecht an den ihm überlassenen, in seinem Besitze befindlichen Materialien auszuüben, verzichtete der Beklagten (einer Eisenbahngesellschaft) gegenüber gegen Zusicherung einer Entschädigung „für Aufgabe des ihm wegen seiner Ansprüche an die Baugesellschaft zustehenden Zurückbehaltungsrechtes" auf dessen Ausübung. Um die Höhe dieser Entschädigungssumme streiten die Parteien. Kl. verlangt die Entschädigung für seine Forderungen aus beiden Verträgen, da zwischen dem Herausgabeanspruch und den Forderungen aus beiden Verträgen die Ausübung des Zurückbehaltungsrechtes rechtfertigende Konnexität vorliege. Bekl. will die Entschädigungsforderung nur wegen der Forderungen aus dem zweiten Vertrage anerkennen, da nur hier Konnexität vorliege, ein Zurückbehaltungsrecht wegen Forderungen aus dem ersten Vertrage also garnicht hätte geltendgemacht werden können. Das Reichsgericht hat sich mit Recht der Ansicht des Klägers angeschlossen, wenn auch aus einer anderen als der von uns bisher vertretenen Konnexitätsauffassung heraus (einheitlicher Zweck). Von unserem bisherigen Standpunkte aus bilden die beiden verschiedenen Verträge deshalb ein einheitliches rechtliches Verhältnis, weil zwischen beiden Vertragsabschlüssen ein ursächlicher Zusammenhang im Sinne der adäquaten Kausaltheorie vorliegt: Der erste Vertragsabschluß hat den Abschluß des zweiten Vertrages ver-

---

[243]) s. S. 54 Anm. 227 d. Abh.

[244]) Die Entscheidung kennt darüber hinaus noch einen dritten Vertrag, der in unserem Beispiele unberücksichtigt bleiben soll. Über die Fragen, die sich aus der Drei- und Mehrheit der Rechtsverhältnisse ergeben, s. S. 60, 61 d. Abh.

ursacht; der erste Vertragsabschluß (zwischen Baugesellschaft und Eisenbahnbauunternehmer betr. Tunnelherstellung auf einer bestimmten Bahnstrecke) hat auch den Abschluß des zweiten (Ergänzungs-) Vertrages (zwischen Baugesellschaft und dem gleichen Eisenbahnbauunternehmer betr. Herstellung der Gleisanlage auf der gleichen Bahnstrecke) nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge und der Erfahrung des Lebens von vornherein erwarten lassen, sicherlich aber immerhin mit diesem Abschlusse vernünftigerweise rechnen lassen[245]). Daß sich die Einheitlichkeit des rechtlichen Verhältnisses im vorliegenden Falle auch aus anderen Gründen bejahen läßt — vgl. die Begründung des Reichsgerichts: einheitlicher Zweck! —, wird sich noch im Folgenden erweisen. — — Als Gegenbeispiel für mangelnde Konnexität sei ferner folgender — gleichfalls vom Reichsgerichte[246]) entschiedener — Fall angeführt: Die Beklagte erlangte gegen den Kläger auf Grund körperlicher Verletzung bei der ärztlichen Behandlung und geschlechtlichen Mißbrauches einen Schadensersatzanspruch aus unerlaubter Handlung. Sie gab in der Folgezeit dem Kl. gegenüber ihr Einverständnis dahin ab, daß dieser auf ihren Namen, in Wahrheit jedoch für sich selbst, ein Bankkonto einrichten ließ, um dem Zugriff von Gläubigern Geld zu entziehen. Um dem Kl. die Verfügung über dieses Bankkonto zu ermöglichen, erteilte ihm die Bekl. Vollmacht; diese entzog sie ihm nach einiger Zeit. Kl. klagte auf Freigabe des Bankkontos, ev. auf Zahlung der eingezahlten Gelder. Die Bekl. wurde aus nicht weiter zu erörternden Gründen nach dem Klageantrage verurteilt. Die von der Bekl. geltendgemachte, auf den Schadensersatzanspruch gestützte Einrede des Zurückbehaltungsrechtes wurde zurückgewiesen, da zwischen dem Schadensersatzanspruch einerseits und dem Vertragsanspruche andererseits keine Konnexität gegeben sei. Die Bekl. hatte das Vorliegen der Konnexität damit begründet, daß sie „infolge der Verletzung ihrer geschlechtlichen Ehre und behufs Wiederherstellung derselben zu dem Kl. in nähere Beziehungen getreten und mit Rücksicht auf diese veranlaßt worden sei, ihre Einwilligung zu der Anlegung des Bankguthabens auf ihren Namen zu erteilen." Dieser Zusammenhang zwischen unerlaubter Handlung und Vertragsabschluß ist indessen kein adäquat-ursächlicher: Das zum Schadensersatz verpflichtende Verhalten des Kl. mag zwar mit der Begründung eines Vertragsverhältnisses zwischen schadensersatzberechtigter Bekl. und schadensersatzpflichtigem Kl. rechnen lassen, das vornehmlich dem Vorteile der schadensersatzberechtigten Bekl. dient, keinesfalls aber vernünftigerweise mit der Begründung eines solchen, das lediglich die Inter-

---

245) jedenfalls bei zufriedenstellender Abwicklung des ersten Vertragsverhältnisses, einer durchaus zu erwartenden Hilfsbedingung: s. S. 56 d. Abh.

246) WarnRechtspr. 12. Jahrg. (1919) Nr. 7

essen des schadensersatzpflichtigen Kl. verfolgt! Auch nach Ansicht des Reichsgerichtes ist der Zusammenhang „ein so loser und entfernter, daß er den Anforderungen des § 273 BGB. auch bei freiester Anwendung dieser Bestimmung nicht genügt."

Liegen nicht nur zwei Rechtsverhältnisse vor, von denen das zweite adäquat-ursächlich aus dem ersten folgt, vielmehr drei oder mehr Rechtsverhältnisse, von denen jedes immer das vorhergehende [247]) als adäquate Ursache hat, so bilden diese mehreren Rechtsverhältnisse ein einziges rechtliches Verhältnis: Wir haben festgestellt [248]), daß drei Rechtsverhältnisse (A, B und C) kraft adäquat-ursächlicher Zurückführbarkeit ihrer Tatbestände auf eine gemeinsame Wurzel e i n einheitliches rechtliches Verhältnis bilden, daß somit Konnexität nicht nur zwischen den Ansprüchen aus den Rechtsverhältnissen A und B sowie B und C, vielmehr auch zwischen denen aus den Rechtsverhältnissen A und C vorliegt. Sollte man nun, wenn C aus B und B aus A adäquat-ursächlich folgt — eine Verbindung also, die wesentlich enger ist als die durch Zurückführbarkeit auf eine gemeinsame Wurzel geschaffene! — zwei verschiedene rechtliche Verhältnisse (A, B und B, C) annehmen mit der Folge, daß zwar die Ansprüche aus den Rechtsverhältnissen A und B sowie B und C, nicht aber auch die aus den Rechtsverhältnissen A und C konnex wären? Hat also z. B. A mit B einen auf Lieferung einer bestimmten Maschine durch B gerichteten Kaufvertrag geschlossen, bald darauf einen zweiten Kaufvertrag betr. einen der Maschine anzugliedernden neuen Maschinenteil abgeschlossen, endlich aber den B durch einen dritten Kaufvertrag zur Lieferung bestimmter für den angegliederten Maschinenteil passender Ersatzteile verpflichtet, so steht fest, daß der dritte Kaufabschluß adäquat-ursächlich nicht (jedenfalls nicht unmittelbar) aus dem ersten, vielmehr aus dem zweiten folgt. Gleichwohl sind nicht nur der Kaufpreisanspruch des B aus dem dritten Kaufvertrag und der Lieferungsanspruch des A aus dem zweiten, der Kaufpreisanspruch des B aus dem zweiten und der Lieferungsanspruch des A aus dem dritten Kaufvertrage, der Kaufpreisanspruch des B aus dem zweiten Kaufvertrage und der Lieferungsanspruch des A aus dem ersten und der Kaufpreisanspruch des B aus dem ersten und der Lieferungsanspruch des A aus dem zweiten Kaufvertrage konnex, vielmehr auch der Kaufpreisanspruch des B aus dem dritten und der Lieferungsanspruch des A aus dem ersten sowie der Kaufpreisanspruch des

---

[247]) Hat bei drei Rechtsverhältnissen das 3. nicht das 2., vielmehr wie dieses das 1. als adäquate Ursache, so folgt die Konnexität der Ansprüche aus 2. und 3. Rechtsverhältnis aus der Regel „adäquat-ursächliche Zurückführbarkeit auf eine gemeinsame Wurzel" (1. Rv.), die Konnexität der Ansprüche aus 1. und 2. sowie 1. und 3. Rechtsverhältnis aus der Regel „adäquat-ursächliche Abhängigkeit voneinander". S. S. 56 ff. d. Abh. und die dort angeführten Beispiele!

[248]) s. S. 57 d. Abh.

B aus dem ersten und der Lieferungsanspruch des A aus dem dritten Kaufvertrage!

In Schwierigkeiten geraten wir dann, wenn vier Rechtsverhältnisse in der Weise miteinander zusammenhängen, daß deren drei eine Kausalkette (adäquat-ursächliche Abhängigkeit voneinander) bilden, das vierte Rechtsverhältnis (bzw. dessen ihm zugrundeliegender Tatbestand [249])) indessen nicht adäquat-ursächlich aus dem dritten, vielmehr aus dem zweiten oder ersten folgt. Hier dürfte eine K o m b i n a t i o n der bisher aufgestellten Regeln (adäquat-ursächliche Zurückführbarkeit auf eine gemeinsame Wurzel, adäquat-ursächliche Abhängigkeit voneinander) dahin geboten sein, daß auch das vierte Rechtsverhältnis demselben rechtlichen Verhältnis zuzurechnen ist. Ändern wir also unser letztes Beispiel dahin ab, daß A mit B (der nicht nur den Verkauf, vielmehr auch die Reparatur von Maschinen betreibt) einen Werkvertrag dahingehend abschließt, daß B an dem angegliederten Maschinenteile eine Reparatur vornehmen soll. Es wird einleuchten, daß für den Abschluß dieses Werkvertrages nicht (oder jedenfalls nicht unmittelbar) der erste, vielmehr der zweite Kaufvertragsabschluß adäquat-ursächlich ist. Hier sind nun nicht nur die sich aus den drei Kaufabschlüssen ergebenden Ansprüche miteinander konnex (adäquat-ursächliche Abhängigkeit voneinander), nicht nur weiterhin auch die Ansprüche aus dem Werkvertrage und dem zweiten Kaufvertrage (adäquat-ursächliche Abhängigkeit voneinander) sowie die aus dem Werkvertrage und dem dritten Kaufvertrage (adäquat-ursächliche Zurückführbarkeit auf eine gemeinsame Wurzel (2. Kaufvertrag)), vielmehr auch die sich aus dem Werkvertrage und ersten Kaufvertrage gegenüberstehenden Ansprüche. — — Entsprechendes gilt, wenn sich etwa der Werkvertrag auf eine Reparatur der ursprünglichen Maschine bezieht, sodaß er nicht aus dem zweiten, vielmehr aus dem ersten Kaufvertrage folgt. Auch hier sind auch die Ansprüche aus Werkvertrag und drittem Kaufvertrage konnex!

Die gleichen Kombinationen dürften bei fünf und mehr Rechtsverhältnissen am Platze sein, doch dürften derartige Häufungen recht selten sein.

Soviel zur „natürlichen Einheit der Rechtsverhältnisse" bzw. „natürlichen Einheitlichkeit des faktischen Verhältnisses" Goldschmidts und der Reichsgerichtsentscheidung (Bd. 14 S. 234)! Was aber bedeutet neben dieser „natürlichen" die dort gleich behandelte „g e w o l l t e Einheit der Rechtsverhältnisse [250])" bzw. „g e w o l l t e Einheitlichkeit des faktischen Verhältnisses"? Hinsichtlich der „gewollten Einheit" begnügt sich Goldschmidt ohne Anführung von Beispielen mit der Fest-

---

249) s. S. 54 Anm. 227 d. Abh.
250) Goldschmidt, Handb. d. Handelsr. I 2 S. 979

stellung, daß deren Vorliegen sich nur durch Würdigung der jedesmaligen Umstände ermitteln lasse. Was er unter der „gewollten Einheit" versteht, erwähnt er nur gelegentlich [251]) (gegenüber Dernburgs „Complex von Rechtsverhältnissen, die eine natürliche Einheit bilden"): „ . . . zu enge, da neben der natürlichen, d. i. auf dem inneren Zusammenhang von Anspruch und Gegenanspruch nach Entstehung oder Objekt beruhenden Einheit auch eine auf dem Parteiwillen beruhende Einheit anerkannt werden muß." Goldschmidt setzt also — daran besteht kein Zweifel — dem inneren Zusammenhange der Ansprüche bzw. Rechtsverhältnisse den auf dem Parteiwillen beruhenden Zusammenhang als einen äußeren entgegen. Eine derartige lediglich von außen her vorgenommene Verbindung der Rechtsverhältnisse — die kaum mehr als Zusammenhang angesehen werden kann, vielmehr als gewaltsame Zusammenfügung erscheinen muß — kann aber vernünftigerweise nur einen Zweck (welchen sonst?) verfolgen: trotz mangelnden inneren Zusammenhanges der Ansprüche bzw. der Rechtsverhältnisse als Anspruchsgrundlagen die Ausübung des Zurückbehaltungsrechtes zu ermöglichen. Zur Erreichung dieses Zieles aber sind die Parteien auf einen weniger „gewollten", weniger gekünstelten Weg zu verweisen: auf die Gestaltung des gesetzlichen Zurückbehaltungsrechtes zum vereinbarten, vertragsmäßigen Zurückbehaltungsrecht unter Absehen von dem Erfordernisse der Konnexität! Den „gewollten Zusammenhang" im Sinne Goldschmidts als Konnexität zu bezeichnen, besteht daher keine Veranlassung, Konnexität der Ansprüche kann sich vielmehr für uns nur aus einem inneren Zusammenhange der (Tatbestände [252])) Rechtsverhältnisse ergeben.

Etwas anders als die Goldschmidt'sche „gewollte Einheit der Rechtsverhältnisse" will (trotz wörtlicher Übernahme der Begriffe „natürlich" — „gewollt" — „als gewollt vorauszusetzend") die „gewollte Einheitlichkeit des faktischen Verhältnisses" der Reichsgerichtsentscheidung (Bd. 14 S. 233 ff.) besagen: Handelt es sich dort um eine Zusammenfügung der Rechtsverhältnisse kraft von außen eindringenden Parteiwillens, so hier um deren inneren Zusammenhang kraft — die Rechtsverhältnisse von vornherein beherrschenden— einheitlichen, auf die Erreichung ein und desselben Zweckes gerichteten Parteiwillens, u. zw. eines Parteiwillens, der innerhalb jedes Rechtsverhältnisses den übereinstimmenden Willen beider Parteien darstellt [253]). Daß ein derartiger den Rechtsver-

---

[251]) § 94 Anm. 23 a. a. O.

[252]) s. S. 54 Anm. 227 d. Abh.

[253]) Daß die Entscheidung RGZ. Bd. 14 S. 234 mit ihrer Einheitlichkeit kraft Zweckverfolgung die „gewollte", nicht indessen die „natürliche Einheitlichkeit des faktischen Verhältnisses" näher bezeichnen will, geht aus deren Nebeneinanderstellung („Die Einheitlichkeit dieses Zweckes und der natürliche Zusammenhang") deutlich hervor

hältnissen innewohnender gemeinsamer Parteiwille — aber auch nur ein solcher! — für die Beurteilung des Vorliegens eines ausreichenden Zusammenhanges der Rechtsverhältnisse als Anspruchsgrundlagen und damit der Konnexität der Ansprüche als maßgeblich angesehen wird, erscheint nicht nur ungefährlich, vielmehr auch gerecht zugleich: Stellt doch das Kriterium „gemeinsamer Zweck, gemeinsames Ziel der Rechtsverhältnisse" nichts anderes dar als das Gegenstück zum Kriterium „gemeinsame Entstehung, gemeinsame Herkunft der Rechtsverhältnisse!" — Dieses „teleologische Moment" der einheitlichen Zweckverfolgung wird von Oertmann [254]) als allein entscheidend hingestellt. Seiner Ansicht ist entgegenzuhalten, daß die einheitliche Zweckverfolgung nach dem oben Gesagten lediglich bei Vorliegen verschiedener Vertragsverhältnisse zur Bejahung der Konnexität der aus diesen herrührenden Ansprüche führen kann. Hatten wir uns auf diesem Gebiete — vor allem mit Rücksicht auf die Reichsgerichtsentscheidung Bd. 14 S. 233 (ff.), die sich der Gesetzgeber ja in den Motiven ausdrücklich zu eigen gemacht hat — der Ansicht Oertmanns angeschlossen, so sei Oertmann über die Feststellung, daß sein „teleologisches Moment" der einheitlichen Zweckverfolgung dort als gleichwertiges Erkenntnismittel herangezogen werden kann, hinaus zugestanden, daß es in sehr vielen Fällen des Vorliegens verschiedener Vertragsverhältnisse offener als unsere bisherigen Erkenntnismittel zutage liegen und dann zu bevorzugen sein wird.

Um Verwechselungen mit dem „gewollten" (in das Gebiet des vertragsmäßigen Zurückbehaltungsrechtes zu verweisenden) „Zusammenhange" der Goldschmidt'schen Lehre zu vermeiden, wird es sich empfehlen, den Zusammenhang der Rechts(Vertrags-)verhältnisse kraft einheitlicher Zweckverfolgung der „natürlichen Einheitlichkeit des faktischen Verhältnisses" (RGZ. Bd. 14 S. 234) nicht neben-, vielmehr — als Gegenstück zum Zusammenhange kraft einheitlicher Entstehung — unterzuordnen. Diese Unterordnung haben offensichtlich auch die Motive vorgenommen, die neben dem „gesetzlichen" Zusammenhange der Ansprüche nur noch von einem „natürlichen" sprechen.

Es bedarf nunmehr nur noch der Auseinandersetzung mit der „als gewollt vorauszusetzenden Einheitlichkeit des faktischen Verhältnisses" der Reichsgerichtsentscheidung (Bd. 14 S. 234). Dieser entspricht die „als gewollt vorauszusetzende Einheit der Rechtsverhältnisse" Goldschmidts [255]): „Nicht überall ist der Erweis des Parteiwillens erforderlich, vielmehr genügt es, falls dieser Wille um deswillen vorausgesetzt werden muß, weil sein Gegenteil gegen Treu und Glauben verstoßen würde." Die auf dem vorauszusetzenden Parteiwillen be-

---

254) BGB. II 1 § 273 2 b β 2. Abs.
255) Handb. d. Handelsr. I 2 S. 979

ruhende Einheit stellt Goldschmidt wie die auf dem erweislichen Parteiwillen beruhende der Einheit kraft inneren Zusammenhanges gegenüber [256]). War schon hinsichtlich der auf erweislichem Parteiwillen beruhenden „Einheit" im Sinne Goldschmidts bemerkt, daß eine solche keine Konnexitätsgrundlage bilden könne, daß die Parteien hier vielmehr auf das vertragsmäßige Zurückbehaltungsrecht zu verweisen seien, so gilt dies erst recht in den Fällen, in denen sich ein zusammenfügender Parteiwille garnicht einmal aufweisen läßt, ein solcher vielmehr lediglich deshalb vorausgesetzt wird, weil sein Fehlen gegen Treu und Glauben verstößt, in denen also der Zusammenhang ein noch viel loserer, gekünstelterer ist. Daß es hierbei dem Begriffe eines vertragsmäßigen Zurückbehaltungsrechtes widersprechen würde, wollte man den Parteien dessen Vereinbarung zwangsläufig unterstellen, bedarf wohl kaum der Erwähnung. Wollte man — wie Endemann [257]) — dessen ungeachtet das Vorliegen einer gewollten Einheit im Goldschmidt'schen Sinne (d. h. die Vereinbarung eines Zurückbehaltungsrechtes unter Absehen von dem Erfordernisse der Konnexität) lediglich deshalb unterstellen, weil die Geltendmachung des Anspruches unter Nichtberücksichtigung des gegnerischen Anspruchs gegen Treu und Glauben verstoßen würde, so hieße das überdies — unter Mißachtung des Willens des Gesetzgebers — die uneingeschränkte Herrschaft der exceptio doli (generalis) anerkennen [258])! Die von Goldschmidt für das Vorliegen eines konnexitätbegründenden Zusammenhanges der Rechtsverhältnisse kraft vorauszusetzenden, zu unterstellenden Parteiwillens angeführten Beispiele — wie etwa das Beispiel der Zurückbehaltung ungültig verpfändeter fremder Sachen — lassen sich sämtlich aus dem natürlichen Zusammenhange (im von uns verstandenen weiteren Sinne) erklären — mit einer Ausnahme, dem Beispiele Cod. VIII. 27 (26). Hier wird die Zurückbehaltung des Pfandes, das der Pfandgläubiger infolge Erlöschens der Schuld herauszugeben verpflichtet ist, wegen solcher Forderungen für zulässig erklärt, derentwegen das Pfand garnicht bestellt worden ist. Diese Verallgemeinerung bedeutet, daß auch Ansprüche aus Rechtsverhältnissen, zwischen denen keinerlei natürlicher Zusammenhang besteht, im Wege der Zurückbehaltung geltendgemacht werden können. Wie bereits dargelegt worden ist [259]), handelt es sich jedoch bei dieser Gesetzesstelle um eine Ausnahmebestimmung, die das Zurückbehaltungsrecht aus ganz besonderen Gründen auch bei Nichtvorliegen der Konnexität der Ansprüche zuläßt.

---

256) S. 975 Anm. 23 a. a. O.

257) Lehrb. d. BR. I § 126 Anm. 7

258) s. S. 45 d. Abh.; vgl. auch Langfeld, Lehre v. Retentionsr. S. 98, der sich aus dem gleichen Grunde gegen die „als gewollt vorauszusetzende Einheit der Rechtsverhältnisse" Goldschmidts ausspricht

259) s. S. 3, 4 d. Abh.

Für eine Deutung des Konnexitätsbegriffes kann sie daher nicht herangezogen werden.

Ist somit die „als gewollt vorauszusetzende Einheit der Rechtsverhältnisse" im Sinne Goldschmidts als Konnexitätsgrundlage zu verwerfen, so fragt es sich noch, ob etwa demgegenüber die von den Motiven ausdrücklich in Bezug genommene Reichsgerichtsentscheidung (Bd. 14 S. 233 ff.) mit ihrer „als gewollt vorauszusetzenden Einheitlichkeit des faktischen Verhältnisses" ebenso etwas anderes und Haltbares sagen will wie mit ihrer „gewollten Einheitlichkeit des faktischen Verhältnisses" gegenüber der „gewollten Einheit der Rechtsverhältnisse" Goldschmidts. Auch hier könnte nur derjenige Parteiwille für die Beurteilung herangezogen werden, der einen inneren Zusammenhang der Rechtsverhältnisse herbeizuführen fähig ist, auch hier nur die Gemeinsamkeit des auf die Erreichung ein und desselben Zweckes gerichteten Willens beider Parteien der verschiedenen Vertragsverhältnisse die erforderliche Verbindung herstellen. Wenn nun die Entscheidung mit ihrer „als gewollt vorauszusetzenden Einheitlichkeit des faktischen Verhältnisses" gegenüber der „gewollten Einheitlichkeit des faktischen Verhältnisses" (im Sinne einer durch einheitlichen Parteiwillen herbeigeführten Einheitlichkeit) die Parallele zu der Goldschmidt'schen Gegenüberstellung „als gewollt vorauszusetzende" — „(erweislich) gewollte Einheit der Rechtsverhältnisse" ziehen wollte — auf der Bahn dieser Gegenüberstellung selbst kann und will sich die Entscheidung ja nicht bewegen —, so würde sie zu folgendem Ergebnisse gelangen: Die gemeinsame Zweckverfolgung bedarf keines Beweises, ist vielmehr darüber hinaus zu unterstellen, wenn die verschiedene Zweckverfolgung gegen Treu und Glauben verstoßen würde. Die Unsinnigkeit einer derartigen These ist offensichtlich! Wir stellen daher folgendes fest: Die Übernahme des Goldschmidt'schen Begriffes „als gewollt vorauszusetzend" in die Entscheidung des Reichsgerichtes (Bd. 14 S. 233 ff.) läßt sich nur als Gedankenlosigkeit erklären. Diese Gedankenlosigkeit dürfte nicht zuletzt daher rühren, daß der Richter dem zur Unterstellung des Parteiwillens führenden Verstoße gegen Treu und Glauben zu große Aufmerksamkeit geschenkt, dabei aber die Prüfung der Konnexität und ihrer Grundlagen vernachlässigt hat. Diese Überwertung der bona fides gegenüber der Konnexität wiederum ist kennzeichnend für die Einstellung der gemeinrechtlichen Lehre, die das Retentionsrecht zwar äußerlich als eigenes Rechtsinstitut anerkannt (bestr. [260]), darüber hinaus in ihm aber nichts anderes gesehen hat als eine Erscheinungsform der alten exceptio doli (generalis). Daß der Gesetzgeber die „als gewollt vorauszusetzende Einheitlichkeit des faktischen Verhältnisses" als Konnexitätsgrundlage des Zurückbehaltungsrechtes

---

[260]) s. S. 12 d. Abh.

des BGB. nicht hat brauchen können, hat er damit zum Ausdrucke gebracht, daß er in den Motiven dem „gesetzlichen "und „natürlichen" Zusammenhange der Ansprüche keinen solchen gleichgesetzt hat, der der als gewollt vorauszusetzenden (zugrundeliegenden) Einheitlichkeit des faktischen Verhältnisses entspräche. Daß dies insofern keinen Beweis darstellt, als der Gesetzgeber ja auch den „gewollten" Zusammenhang i. S. der Reichsgerichtsentscheidung (Bd. 14 S. 233 ff.) unangeführt gelassen, ihn vielmehr offensichtlich dem „natürlichen" Zusammenhange untergeordnet hat, sei zugegeben.

Wir schließen den Abschnitt über das Wesen der Konnexität und fassen, wie folgt, zusammen: Konnexität der Ansprüche — die nicht schuldrechtlicher Natur zu sein brauchen [261]) — liegt einmal vor, wenn die Ansprüche auf ein und demselben Rechtsverhältnisse oder rechtlichen Verhältnisse kraft einheitlichen Tatbestandes beruhen. Konnexität liegt aber auch dann vor, wenn die Ansprüche auf einem Komplex von Rechtsverhältnissen (mit verschiedenen Tatbeständen) beruhen, die vermöge ihres inneren Zusammenhanges (adäquat-ursächliche Zurückführbarkeit auf eine gemeinsame Wurzel, adäquat-ursächliche Abhängigkeit voneinander, gemeinsame Zweckverfolgung) als einheitliches rechtliches Verhältnis, als „ein und dasselbe rechtliche Verhältnis" im Sinne des § 273 Abs. 1 BGB. zu betrachten sind.

Eine derartig weite Auslegung des § 273 Abs. 1 BGB. nach der Natur der Ansprüche und deren Zusammenhang (Konnexität) hin läßt eine darüber hinaus getroffene positive Regelung (Gewährung) des Zurückbehaltungsrechtes als überflüssig erscheinen. Wie vor allem von Schlegelberger [262]) mit Recht bemerkt wird, ist mit dem § 273 Abs. 1 BGB. ein einheitlicher, allumfassender Konnexitätsbegriff aufgestellt und ein einheitliches Zurückbehaltungsrecht geschaffen worden. Die Einheitlichkeit des Konnexitätsbegriffes des Bürgerlichen Gesetzbuches zugunsten verschiedener Konnexitätskategorien (etwa: „Konnexität kraft Rechtsgrundes" — „Konnexität kraft Gegenstandes" [263])) leugnen, heißt nichts anderes als dem Gesetzgeber unterstellen, er sei den Schritt, den schon Cramer vorwärts gegangen war [264]), wieder zurückgegangen. Was aber sollte den Gesetzgeber zu einer derartigen Rückbildung veranlaßt haben? Was den Gesetzgeber trotz Erkenntnis der Einheitlichkeit des Konnexitätsbegriffes bewogen hat, die Fälle des § 273 Abs. 2 BGB. neben denen des Abs. 1, durch den sie voll gedeckt werden, besonders anzuführen, erhellt aus einer Bemerkung der Motive [265]): „Der Rich-

---

261) s. S. 43 d. Abh.
262) Zurückbehaltr. S. 83—101
263) vgl. Schlegelberger, Zurückbehaltr. S. 84
264) s. S. 13 d. Abh.
265) Mot. II S. 41, 42

ter soll unbehindert sein, im Einzelfalle durch Prüfung auf Grund des erwähnten Prinzipes zu entscheiden, ... Nur der Fall, wenn die Verpflichtung auf Herausgabe (Restitution, Tradition) eines Gegenstandes gerichtet ist, wird in Übereinstimmung mit Theorie und Gesetzgebung besonders hervorgehoben in dem Sinne, daß diesfalls dem Verpflichteten in Ansehung seines Anspruches wegen Verwendungen auf den Gegenstand oder wegen eines durch den Gegenstand ihm zugefügten Schadens immer das Zurückbehaltungsrecht zustehen soll, weil hier immer Konnexität im Sinne des Gesetzes anzunehmen ist." Diese unstreitigen Fälle des Vorliegens der Konnexität dem freien richterlichen Ermessen unnötigerweise anzuvertrauen, hat der Gesetzgeber also keine Veranlassung gesehen: Insofern — aber auch nur insofern — kann dem § 273 Abs. 2 BGB. die innere Berechtigung nicht abgesprochen werden. — — Was für die Bestimmung des § 273 Abs. 2 BGB. gilt, hat in gleichem Umfange für die des § 1000 BGB. Bedeutung. Die besondere Anführung dieser Bestimmung neben der des § 273 Abs. 2 BGB. läßt sich nur aus der — wohl auch den Protokollen [266]) zu entnehmenden — Besorgnis des Gesetzgebers erklären, die (aus bestimmten Gründen für nötig befundene) Eingruppierung des Zurückbehaltungsrechtes in die allgemeinen Vorschriften des Rechtes der Schuldverhältnisse könne zu der Annahme führen, das Zurückbehaltungsrecht sei auf das Gebiet der Schuldverhältnisse beschränkt [267]). Dem zu begegnen, hat daher der Gesetzgeber durch Anführung wenigstens eines sachenrechtlichen Zurückbehaltungsrechtes mit unzweifelhafter Konnexität Anlaß genommen. Dem Vorwurfe einer etwas übertriebenen Ängstlichkeit dürfte der Gesetzgeber dabei nicht entgehen, hätte er doch mit einer Nichtachtung der Entstehungsgeschichte — wie sie vor allem in den Motiven und Protokollen ihren Niederschlag gefunden hat — wahrlich nicht zu rechnen brauchen!

2. Die Fälligkeit des Schuldneranspruches als weiteres Erfordernis.

„Hat der Schuldner aus demselben rechtlichen Verhältnis, auf dem seine Verpflichtung beruht, einen fälligen Anspruch gegen den Gläubiger, so kann er . . . die geschuldete Leistung verweigern, bis . . .". Nicht jeder Anspruch kann also vom Schuldner im Wege der Einbehaltung der eigenen Leistung geltendgemacht werden, vielmehr nur der fällige. Auf den vielumstrittenen Begriff der Fälligkeit näher einzugehen, kann nicht Sache dieser Abhandlung sein. Wir verweisen vielmehr

---

266) Prot. I S. 312

267) Die Herausgabeverpflichtung des § 273 Abs. 2 BGB. könnte ja auch schuldrechtlicher Natur sein!

hinsichtlich einer Reihe von Streitfragen auf die eingehenden Darlegungen Plancks [268]), dem wir uns jedenfalls in Folgendem anschließen: Das bloße Bestehen einer verzögerlichen Einrede schließt die Fälligkeit des Anspruchs nicht aus, wohl aber deren Geltendmachung [269]). — — Dem Wortlaute des Gesetzes „fälliger Anspruch aus demselben rechtlichen Verhältnis, auf dem seine Verpflichtung beruht" ist nicht zu entnehmen, daß der Schuldneranspruch bereits zur Zeit der Entstehung der Verpflichtung fällig gewesen sein müsse, vielmehr genügt es, wenn er jedenfalls im Augenblicke der Inanspruchnahme aus dieser Verpflichtung fällig (geworden) ist. § 273 Abs. 1 BGB. will eine Gleichstellung beider Teile herbeiführen. Er schützt deshalb auch den Gläubiger mit der Aufstellung des Erfordernisses der Fälligkeit des Schuldneranspruches gegen eine Schlechterstellung, dagegen, daß der Schuldner im Wege der Zurückbehaltung die Durchsetzung von Ansprüchen verfolgt, deren erfolgreiche Geltendmachung bei Nichtgegenüberstehen der Ansprüche erst in Zukunft möglich sein würde. Dieser offensichtlichen Zweckverfolgung wird die soeben vorgetragene Ansicht vollauf gerecht. Abzulehnen dürfte indessen m. E. die wohl allseits vertretene [270]) Auffassung sein, daß darüber hinaus den Schuldner auch ein solcher Anspruch zur Zurückbehaltung berechtige, der erst mit der Leistung des Schuldners fällig würde. Diese Ansicht widerspricht dem Wortlaut des Gesetzes; § 273 Abs. 1 BGB. besagt deutlich genug lediglich [271]): „H a t der Schuldner aus demselben rechtlichen Verhältnis, auf dem seine Verpflichtung" — aus der er in Anspruch genommen wird! — „beruht, einen fälligen Anspruch gegen den Gläubiger" und fährt nicht fort — wie es dann zu erwarten wäre —: „oder würde er durch die Leistung einen solchen e r w e r b e n"! Die hier bekämpfte Ansicht will ihren Standpunkt damit begründen, daß in diesen Fällen die exceptio doli (generalis) gegeben sei und die Zurückbehaltung rechtfertige. Dahingestellt, ob die (in dieser Hinsicht) klare Fassung des § 273 Abs. 1 BGB. eine derartige Ergänzung überhaupt zuläßt: Aus der Heranziehung der exceptio doli (generalis) allein läßt sie sich keineswegs rechtfertigen! Ist diese doch — wie bereits an anderer Stelle bemerkt [272]) — vom Gesetzgeber zwar (neben anderen Faktoren!) als Grundlage einiger Gesetzesstellen verwertet, ihr indessen als solcher die Anerkennung versagt worden.

Fälligkeit des Anspruchs bedeutet nicht Klarheit (Liquidität) desselben: Diese Frage ist prozessualer Natur [273]).

[268]) II 1 § 273 2a α aa

[269]) so wohl auch Staudinger II 1 § 273 I 1a α

[270]) vgl. z. B. Staudinger II 1 § 273 I 1a α; Planck-Siber II 1 § 273 a α cc; Oertmann, BGB. II 1 § 273 2 a α; RGRK. I § 273 1 vorl. Abschn.; Gruch Beitr. Bd. 51 S. 375

[271]) Motive und Protokolle sagen über diese Frage nichts aus

[272]) s. S. 45 d. Abh.

[273]) vgl. Staudinger II 1 § 273 I 1a α, RGRK. I § 273 1 vorl. Abschn.

3. Die Besonderheit der sog. natürlichen Verbindlichkeiten.

Hinsichtlich der Frage, ob auch Ansprüche aus sog. natürlichen Verbindlichkeiten im Wege der Zurückbehaltung geltendgemacht werden können, ergeben sich gegenüber den schon bei der Einrede des nichterfüllten Vertrages [274]) gemachten Ausführungen keine wesentlichen Besonderheiten. Es sei deshalb auf diese verwiesen. Bemerkt sei nur noch folgendes: Es ist zu Beginn der Abhandlung [275]) die Einrede des nichterfüllten Vertrages als Zwangsmittel, das Zurückbehaltungsrecht demgegenüber als bloßes Sicherungsmittel bezeichnet worden. Daß dem aus einer natürlichen Verbindlichkeit berechtigten Gläubiger die Einrede des nichterfüllten Vertrages als Zwangsmittel zu versagen war, ergab sich aus dem Satze: „Erfüllbarkeit, aber Nichterzwingbarkeit der natürlichen Verbindlichkeit". Fraglich erscheinen könnte indessen, ob das Zurückbehaltungsrecht als bloßes Sicherungsmittel dazu dienen kann, dem Gläubiger zur Durchsetzung seines Anspruchs aus einer natürlichen Verbindlichkeit zu verhelfen. Das Beispiel des § 222 Abs. 2 BGB. lehrt, daß der Gesetzgeber neben der Erfüllung auch eine Sicherung eines natürlichen Anspruchs zuläßt, u. zw. durch Sicherheitsleistung, darüber hinaus sogar bei Erbringung der Sicherheitsleistung den natürlichen Anspruch zum vollkommenen erhebt. Es könnte daher der Gedanke auftauchen, daß die natürlichen Ansprüche — jedenfalls einige von ihnen — ebenso der Sicherung durch Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechtes fähig seien. Dies aber ist zu verwerfen: Der grundlegende Unterschied zwischen einer Sicherung des natürlichen Anspruchs gemäß § 222 Abs. 2 BGB. und seiner Sicherung durch Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechtes liegt darin, daß hier die Sicherung vom Schuldner aus freien Stücken vorgenommen wird, dort dagegen gegen seinen Willen stattfindet. Nicht aber nur zur Durchsetzung, vielmehr zu jeglicher Geltendmachung des natürlichen Anspruches gegen den Willen des Schuldners sind dem Gläubiger — das liegt im Wesen der natürlichen Verbindlichkeit — die Mittel zu versagen!

Die Unzulässigkeit analoger Anwendung des § 390 Satz 2 BGB. ergibt sich auch für das Zurückbehaltungsrecht aus der (regelmäßigen) [276]) Ungleichartigkeit der Leistungen.

— — —

274) s. S. 37—39 d. Abh.
275) s. S. 19—21 d. Abh.
276) Ausnahmefälle, in denen trotz Gleichartigkeit der geschuldeten Leistungen — statt von einer Aufrechnung — von einer Zurückbehaltung gesprochen werden kann, sollen hier unberücksichtigt bleiben

4. Der Ausschluß des Zurückbehaltungsrechtes.

Auch hinsichtlich des Ausschlusses des Zurückbehaltungsrechtes kann im wesentlichen auf die schon bei der Einrede des nichterfüllten Vertrages gemachten Ausführungen Bezug genommen werden. Darüber hinaus sei noch folgendes bemerkt: Die Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechtes ist — trotz Vorliegens seiner Voraussetzungen — ausgeschlossen, wenn „aus dem Schuldverhältnisse sich ein anderes ergibt." Daß trotz Wahl des Ausdruckes „Schuldverhältnis" seitens des Gesetzgebers eine Beschränkung des § 273 Abs. 1 BGB. auf das Gebiet der Schuldverhältnisse nicht hat vorgenommen werden sollen, daß vielmehr unter dem „Schuldverhältnis" nichts anderes zu verstehen ist als das vor ihm angeführte „rechtliche Verhältnis", ist bereits dargelegt worden [277]). „Ein anderes" ergibt sich einmal aus einigen ganz bestimmten Schuldverhältnissen, für die der Ausschluß des Zurückbehaltungsrechtes aus rechtspolitischen Gründen von vornherein gesetzlich festgelegt ist. Im Rahmen des Bürgerlichen Gesetzbuches sind dies die Fälle der §§ 175, 556 Abs. 2 (580, 581 Abs. 2).

Darüber hinaus kann sich ein anderes, der Ausschluß des Zurückbehaltungsrechtes, aus besonderer — sei es ausdrücklicher, sei es stillschweigender — Parteivereinbarung ergeben. Eine derartige Parteivereinbarung wird in der Regel in Form der Ausbedingung der Vorleistungspflicht des einen Teiles getroffen werden, doch dürfen deshalb Vereinbarung der Vorleistungspflicht und Vereinbarung des Ausschlusses des Zurückbehaltungsrechtes nicht gleichgesetzt werden [278]): Es bedeutet einen erheblichen Unterschied, ob die Parteien A und B vereinbaren, B solle vor A leisten, oder ob — die Vorleistungspflicht, die ja auch auf Seiten des A liegen kann, dahingestellt — die Vereinbarung lediglich dahin geht, daß B im Falle der Inanspruchnahme das Zurückbehaltungsrecht versagt sein solle [279]).

Der Ausschluß des Zurückbehaltungsrechtes kann sich weiterhin aus dem Gesichtspunkte „Treu und Glauben" ergeben. Wir wollen uns noch einmal ins Gedächtnis zurückrufen, welche Faktoren zur Gewährung des Zurückbehaltungsrechtes geführt haben: Konnexität der beiderseitigen Ansprüche, Fälligkeit des Schuldneranspruchs und endlich Billigkeitserwägungen, die eine wegen Nichtberücksichtigung des generischen Anspruches gegen Treu und Glauben verstoßende Geltendmachung eines Anspruches nicht zulassen wollen. Das Fehlen eines dieser Faktoren muß den Ausschluß des Zurückbehaltungsrechtes zur Folge haben. Daraus ergibt sich ein Doppeltes: Stellt sich einmal die

---

[277]) s. S. 43 d. Abh.
[278]) so anscheinend Staudinger II 1 § 273 I 1b β
[279]) auch § 273 BGB. stellt ius dispositivum dar; s. S. 40 d. Abh.!

Nichtberücksichtigung des (konnexen und fälligen) Schuldneranspruches ausnahmsweise nicht als Verstoß des Gläubigers gegen Treu und Glauben dar, so ist dem Schuldner das Zurückbehaltungsrecht zu versagen. So kann dem Gläubiger ein Verstoß gegen Treu und Glauben bei der Nichtberücksichtigung des gegnerischen Anspruchs sicherlich dann nicht zur Last gelegt werden, wenn der übergangene Anspruch dem geltendgemachten gegenüber nur ganz geringfügiger Natur ist [280]). Andererseits ist dem Schuldner das Zurückbehaltungsrecht auch dann zu versagen, wenn zwar die Nichtberücksichtigung des Schuldneranspruchs seitens des Gläubigers als Verstoß gegen Treu und Glauben angesehen werden muß, die Verweigerung der Leistung seitens des Schuldners sich indessen als noch gröberer Verstoß gegen Treu und Glauben darstellen würde. Hier müssen die Erwägungen, die den Schutz des Schuldners zum Gegenstande haben, zurücktreten hinter diejenigen, die nunmehr einen Schutz des Gläubigers fordern: es wäre denn das Zurückbehaltungsrecht keine Verkörperung des Rechtes der Billigkeit mehr! Hierher gehören die Fälle, in denen der Schuldner durch Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechtes dem Vertragszwecke zuwiderhandelt. Es ist daher z. B. dem Rechtsanwalte ein Zurückbehaltungsrecht an ihm zur Führung eines Rechtsstreites seitens des Mandanten anvertrauten Unterlagen (Urkunden usw.) zu versagen, verfolgen doch Rechtsanwalt und Mandant mit dem Abschlusse des Dienstvertrages den Zweck, dem Mandanten aus bestehenden Schwierigkeiten herauszuhelfen — einen Zweck, dem die Zurückbehaltung der anvertrauten Unterlagen mit der Folge, daß der Mandant nunmehr in neue Schwierigkeiten hineingestoßen würde, geradezu zuwiderlaufen würde [281])! Auch hierher gehört indessen der Fall, daß die Einbehaltung einer Unterlassung, die Zuwiderhandlung, auf eine völlige Zerstörung des Unterlassungsanspruches hinauslaufen würde [282]).

Aus dem Charakter des Zurückbehaltungsrechtes als eines bloßen Sicherungsmittels ergibt sich endlich, daß dem Schuldner das Zurückbehaltungsrecht im Falle schon vorhandener genügender Sicherheit versagt werden muß: ein Ergebnis, zu dem mit der herrschenden Lehre [283]) — inkonsequent — auch die Vertreter der Ansicht gelangen, die in dem Zurückbehaltungsrecht ein Zwangsmittel erblicken will [284]). Hierbei muß freilich zugegeben werden, daß die gegenteilige Ansicht [285]) jedenfalls dem Wortlaute des Gesetzes gerechter wird, das ja von einer

---

280) vgl. SeuffArch. Bd. 73 S. 212, RGZ. Bd. 61 S. 133
281) vgl. SeuffArch. Bd. 65 S. 468
282) s. S. 41 d. Abh.
283) z. B. Staudinger II 1 § 273 II 2b; Rehbein, BGB. II Nr. 82 S. 96; Soergel, BGB. I § 273 I 5; vgl. auch RGZ. Bd. 85 S. 136
284) z. B. Planck-Siber II 1 § 273 4
285) z. B. von Planck noch in der 3. Aufl. vertreten

Abwendung des Zurückbehaltungsrechtes durch Sicherheitsleistung und nicht — wie es doch natürlicher wäre — von seinem Ausschluß bei (genügender) Sicherheit spricht.

Auf die umstrittene Frage, ob das Zurückbehaltungsrecht bei Unpfändbarkeit der Gegenforderung mit Rücksicht auf § 394 BGB. auszuschließen ist, kann hier nicht eingegangen werden.

Schluß.

Rückblick.

Wir haben Einrede des nichterfüllten Vertrages und Zurückbehaltungsrecht — im Rahmen der §§ 320 Abs. 1 Satz 1 und 273 Abs. 1 BGB. — nach Werdegang, Wesen und Anwendungsgebiet einer eingehenden Betrachtung unterzogen. Wir haben zu Beginn unserer Abhandlung [286]) erkannt, daß beide Rechtsinstitute in einer der reibungslosen Abwicklung des Rechtsverkehres dienenden Rechtsordnung nur dann eine sinnvolle Aufgabe erfüllen können, wenn auch sie sich als Diener dieses Gedankens erweisen. Als solche vermögen sie indessen — wie wir weiter festgestellt haben — nur dann zu erscheinen, wenn ihre Regelung durch gewisse Schranken eine ins Ungemessene führende Inanspruchnahme verhindert. Wir sind uns von vornherein darüber klar gewesen, daß diese Abgrenzung durch die Forderung eines gewissen Zusammenhanges der beiderseitigen Ansprüche vorgenommen werden müsse, eines Zusammenhanges, der den fordernden Gläubiger auf die Möglichkeit einer Leistungsverweigerung seitens des Schuldners aufmerksam macht. Diesen Zusammenhang — vom Bürgerlichen Gesetzbuch mit dem Herrühren der beiderseitigen Ansprüche aus einem gegenseitigen Vertrage (als Gegenansprüche) bzw. aus ein und demselben rechtlichen Verhältnis (§§ 320 Abs. 1 Satz 1 bzw. 273 Abs. 1) gefordert — in den Begriffen der Gegenseitigkeit und der Konnexität näher darzulegen, war wesentlichste Aufgabe dieser Abhandlung.

---

[286]) s. Einleitung, S. 1, 2 d. Abh.

Lebenslauf.

Am 19. Januar 1910 bin ich als Sohn des Rechtsanwalts (späteren Rechtsanwalts und Notars) Erich Webel und seiner Ehefrau Anna Webel, geb. Großmann, in Görlitz i. Schl. geboren worden. Ich bin preußischer Staatsangehörigkeit, arischer Abstammung und evangelischen Bekenntnisses. Ich habe in Görlitz das humanistische Gymnasium (Gymnasium Augustum Gorlicense) besucht, u. zw. vom Eintritte in dessen unterste Vorschulklasse an bis zum am 8. März 1928 abgelegten Abiturientenexamen. Ich habe an den Universitäten Jena (3 Semester), Göttingen (1 Semester) und Breslau (4 Semester) studiert. Am 13. April 1932 habe ich vor der Prüfungskommission am Oberlandesgericht in Breslau das Referendarexamen bestanden und bin nach der Ernennung zum Referendar (29. April 1932) 6 Monate am Amtsgericht in Reichenbach O/L. ausgebildet worden. Nach darauf folgender etwa 3 monatiger Beurlaubung befinde ich mich z. Zt. seit Mitte Februar 1933 am Landgericht in Görlitz zur weiteren Ausbildung.

Görlitz, im September 1933

Wolfgang Webel